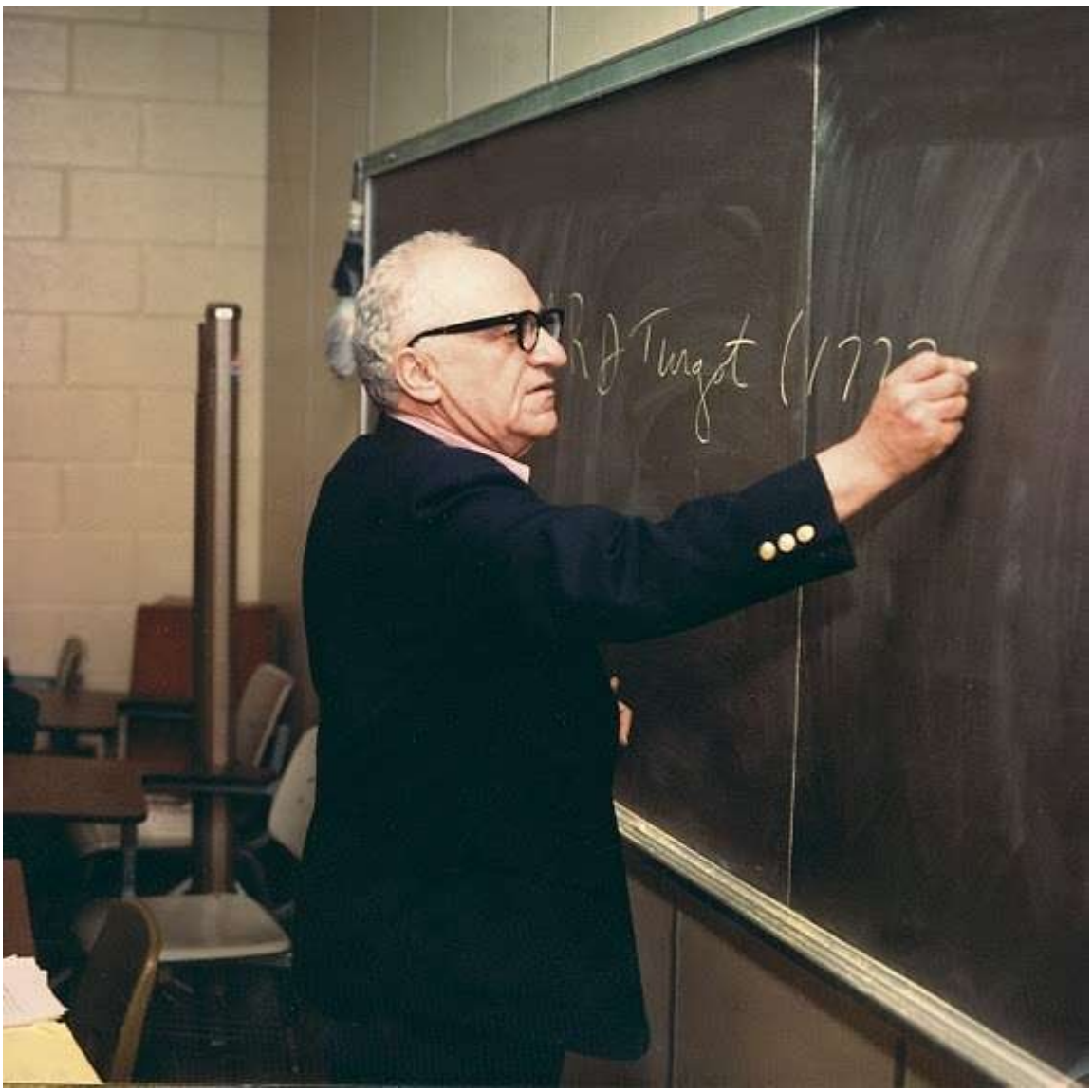
MURRAY N. ROTHBARD

LEGEA, DREPTURILE DE PROPRIETATE ȘI POLUAREA AERULUI

Biblioteca libertății



Murray N. Rothbard (1926-1995), ultimul titan al Școlii austriece de drept și economie, se remarcă prin robustețea realistă, limpezimea, vastitatea și rigoarea sistemului de gândire pe care ni-l propune în întreaga sa operă.

Pe linia marilor săi predecesori, Carl Menger, Eugen von Böhm-Bawerk și Ludwig von Mises, el menține vie tradiția tratatului științific, dând în 1962, la numai 36 de ani, *Man Economy and State*, o monografie analitică monumentală a economiei de piață liberă, urmată de *Power and Market* (1970), prima demonstrație sistematică și analiză exhaustivă a nocivității tuturor tipurilor de intervenție guvernamentală în economie, apoi de *Etica Libertății* (1982), cadrul normativ pentru ordinea economică și de drept naturală, a proprietății private.

Rothbard ridică personalismul consecvent din sfera economicului (practic epuizată de Mises) în cea a eticii și a dreptului natural, apoi a istoriei politice, culturale și chiar religioase (*Conceived in Liberty*, 1975-1979; *An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*, 1995), oferind, practic, sinteza finală și cântecul de lebădă (așadar limitele) filosofiei socio-politice secularizate (schițată încă din 1973 în *Pentru o nouă libertate: Manifesul libertarian*).

Conținut

Prefață....3
Despre „Libertate și drept”....14
Legea, drepturile de proprietate și poluarea aerului....21
Dreptul ca disciplină normativă....21
Invazia fizică....26
Inițierea unui act vădit: răspunderea strictă....30
Povara adecvată a riscului....34
Sarcina adecvată a probei....35
Cauzalitatea strictă....39
Răspunderea exclusivă a agresorului....40
O teorie a proprietății legitime: aproprierea....43
Tulburările, vizibile și invizibile....46
Proprietatea asupra unității tehnologice: cazul pământului și cel al aerului....51
Poluarea aerului: lege și reglementare....54
Convertirea infracțiunilor în delicte....58
Delicte colective și victime colective....61
Concluzie....65

Prefață

Scopul volumului de față este de a facilita cunoașterea punctelor esențiale ale viziunii libertariene asupra dreptului, prin punerea la dispoziția publicului, în limba română, a două texte edificatoare asupra acestui subiect, aparținând lui Murray Rothbard, considerat fondatorul libertarianismului modern.

Principalul text inclus în volum, „Legea, drepturile de proprietate și poluarea aerului”,[1] oferă – pe fundalul unei remarcabile analize asupra problemei poluării – o perspectivă de ansamblu asupra acestei viziuni, îmbinând expunerea teoretică succintă și limpede a ideilor libertariene esențiale cu prezentarea fizionomiei pe care diverse instituții juridice ar dobândi-o prin punerea în aplicare a acestor idei. Analiza deosebit de detaliată realizată de Rothbard cu privire la instituții precum legitima apărare, sarcina probei, standardul de apreciere a probelor în stabilirea răspunderii, acțiunile colective ș.a. este ușor de urmărit și de înțeles prin faptul că este circumscrisă unei probleme juridice contemporane ce suscită controverse considerabile: răspunderea pentru poluare. Murray Rothbard scria în prefața din 1985 la *Manifestul Libertarian* că ideile sale din acea carte au fost elaborate ulterior în *Etica libertății* și în eseul de față, „unde sunt modificate parțial și dezvoltate vederile mele despre legile poluării și funcția dreptului în general”.[2]

Cel de-al doilea text din volum, „Despre *Libertate și drept*”,[3] reprezintă o recenzie scrisă de Rothbard cu privire la o lucrare a unui jurist și politolog italian, Bruno Leoni. Importanța acestui text în cunoașterea concepției juridice libertariene constă în facilitarea înțelegerii modului în care se raportează aceasta față de alte viziuni asupra dreptului, respectiv prin continuitate sau delimitare. De aceea, selectarea acestui text nu a fost realizată pentru cunoașterea *per se* a operei lui Leoni, ci pentru a ilustra, pe de o parte, ideile despre drept pe care Rothbard le valorifică din concepțiile și tradițiile juridice anterioare, iar, pe de altă parte, punctul de cotitură la care se află doctrina libertariană față de acestea.

---

1 Articol publicat inițial în *Cato Journal* 2, no. 1 (Spring, 1982): 55-99.

2 Rothbard, M.N., *For a New Liberty. The Libertarian Manifesto*, Fox & Wilkes, San Francisco, 1994, p. ix.

3 Publicat în volumul 1, nr. 4, iarnă 1962 al revistei *New Individualist Review* și republicat în colecția omonimă editată de Liberty Fund în 1981. [n.ed.]

Ideea fundamentală desprinsă din cele două texte este că există un „drept libertarian”, care prin trăsăturile sale distinctive este superior celorlalte sisteme de drept cunoscute, reprezentând o alternativă viabilă pentru societatea modernă. Întrebarea-cheie a argumentării rothbardiene este următoarea: în ce constă superioritatea dreptului libertarian? Răspunsul esențializat se regăsește în finalul recenziei la cartea lui Leoni: libertarianismul concepe dreptul ca o construcție normativă rațională, perfect coerentă, deoarece este „bazat pe criteriul că violența ar putea fi folosită doar împotriva celor care inițiază violență și fundamentat astfel pe inviolabilitatea persoanei și proprietății fiecărui individ față de «imixtiunea» prin violență”. Cu alte cuvinte, doctrina libertariană reușește să propună un criteriu rațional de stabilire a conținutului pe care trebuie să-l aibă dreptul, oferind astfel (singurul) răspuns corect problemei fundamentale a acestuia: întrucât dreptul constituie un ansamblu de norme sociale al căror specific este obligativitatea (adică intervenirea sancțiunii, deci a unei forme de violență exercitate la nivel social, pentru nerespectarea lor), sarcina fundamentală a unui veritabil gânditor al dreptului este de a stabili criteriul *just* în funcție de care sunt identificate acțiunile pentru care este potrivită folosirea violenței. Pretenția lui Rothbard este că răspunsul libertarian este singurul acceptabil, întrucât este singurul pe care rațiunea umană îl poate fundamenta.

Înțelegerea ideii lui Rothbard că până la libertarieni, pe de o parte, niciun sistem de drept nu a fost, în mod integral, just, iar, pe de altă parte, nicio altă doctrină juridică nu a fost capabilă să propună un criteriu drept de fundamentare a normelor juridice, decurge limpede din înțelegerea în ansamblu a viziunii libertariene. O succintă prezentare a crezului libertarian și a poziționării acestuia în istoria filosofiei politice este necesară. Acest crez are în centrul său, desigur, axioma non-agresiunii: nimeni nu are dreptul să realizeze o agresiune asupra persoanei sau bunurilor altuia, agresiunea fiind definită ca inițiere a violenței fizice sau amenințare cu folosirea acesteia. Forța acestei axiome rezidă, după cum insistă Rothbard în repetate rânduri, în fundamentarea sa pe teoria drepturilor naturale: omul are, în virtutea naturii sale intrinseci – de ființă autonomă, capabilă de acțiune (de alegerea scopurilor și a mijloacelor adecvate pentru atingerea acestora), întrucât este înzestrată cu gândire, simțire și capacitatea de a-și alege valorile –, drepturi inerente care să-i asigure libertatea dezvoltării plenare a acestor capacități ale sale și, prin aceasta, însăși împlinirea umanității sale.

După sugestia lui Rothbard,[4] înțelegerea cea mai adecvată a argumentului libertarian al drepturilor naturale presupune divizarea sa în două axiome fundamentale, care epuizează setul complet al principiilor libertariene. Acestea sunt: dreptul la proprietate asupra propriei persoane – dreptul absolut al individului de a-și controla propriul corp – și dreptul „aproprierii originare" (*homesteading*) – teoria dobândirii originare a proprietății asupra bunurilor prin efectul amestecării muncii omului cu natura, care conduce la transformarea acesteia din urmă într-o „extensie" a personalității umane, care poate fi ca atare apropriată; este desigur teoria formulată pentru prima dată de John Locke. „Toată doctrina libertariană devine astfel dezvoltarea și aplicarea tuturor implicațiilor acestei doctrine centrale":[5] dreptul originar de proprietate fundamentează un drept derivat constând în prerogativa legitimă de a da la schimb sau de a dărui un titlu de proprietate, acesta din urmă reprezentând temeiul libertății contractuale și al economiei de piață libere (capitalismul). Aceasta din urmă reprezintă, astfel, sistemul social just, întrucât reglementarea relațiilor sociale se întemeiază tocmai pe ceea ce s-ar putea numi „poziția naturală" asupra proprietății, astfel cum a fost descrisă anterior și care poate fi sintetizată astfel: revendicările legitime de proprietate sunt acelea care se fundamentează pe legături obiective și intersubiectiv constatabile, numite naturale sau non-agresive (apropriere originară, producție, schimb, dăruire).[6] Orice modalitate de relaționare cu titlurile de proprietate legitime ale unei persoane care nu se încadrează într-una dintre cele menționate este *per se* agresivă și, ca atare, declarată nelegitimă. Scopul libertarianismului devine tocmai acela de a combate sistematic *orice* astfel de încălcare a drepturilor de proprietate legitime ale unei persoane, ceea ce echivalează cu apărarea libertății plenare a individului.

Trebuie observat că doctrina libertariană se revendică în mod evident din tradiția liberalismului clasic, a cărui esență a fost tocmai afirmarea idealului libertății individului (înțeleasă ca lipsă a constrângerii, deci ca „libertate negativă"), deopotrivă spirituale și economice, întemeiate pe drepturile naturale ale acestuia. Totuși, libertarianismul depășește liberalismul clasic prin aceea că duce idealul liberal până la ultimele consecințe logice ale acestuia, reprezentând „vechiul liberalism în căutarea purității, a coerenței fără rest", ceea ce înseamnă „reînvierea radicalismului libertății depline".[7]

4 Rothbard, M.N., *Pentru o nouă libertate. Manifestul libertarian*, Institutul Ludwig von Mises România, București, 2020, p. 31.

5 Ibidem, p. 45

6 H.H. Hoppe, *Teoria socialismului și a capitalismului,* Institutul Ludwig von Mises România, București, 2010, p. 20-23.

7 Tudor Smirna, „Introducere", p. xx-xvi, în Rothbard, M.N., *Pentru o nouă libertate. Manifestul libertarian*, Institutul Ludwig von Mises România,

Consecința ultimă a acestui radicalism este tocmai eliminarea statului. Menținerea sa reprezintă *per se* o inconsecvență în afirmarea libertății individului, un „păcat” care conduce la falimentul liberalismului clasic. Pentru acesta din urmă, statul este justificat rațional atât timp cât este un stat limitat, întrucât prin aceasta se asigură cea mai puternică garanție a drepturilor individuale. Limitele liberale ale statului sunt de două tipuri: limite ale funcțiilor (stat minimal) și limite ale puterilor (stat de drept). Astfel, pe de o parte, statul liberal are un rol precis, strict determinat, de a oferi siguranța cetățenilor, iar pe de altă parte, funcționarea sa este strict reglementată prin norme juridice, care prevăd mecanisme (constituționale) de control al abuzurilor etatice.[8] Rothbard demontează această doctrină a statului limitat, considerând că este o pretenție cu totul neîntemeiată: nu este posibilă fixarea unor atribuții limitate, deoarece statul va încerca mereu să le sporească, iar mecanismele constituționale de control al puterii sunt lipsite de eficiență, având în vedere că acestea presupun chiar implicarea statului printr-unele din instituțiile sale, existând tendința (vizibilă permanent în istorie) ca statul să-și dea sieși dreptate. În realitate, statul este prin natura sa un agresor, întrucât creează în mod injust (prin mijloace politice, adică violente, non-contractuale) două clase inegale, aflate în conflict permanent: plătitorii neți de taxe și consumatorii neți de taxe; de aceea, este imposibilă justificarea rațională a statului, concluzie care, constată Rothbard, este afirmată și de conservatori.[9] Doar că, spre deosebire de aceștia, care acceptă statul ca pe un dat, în ciuda iraționalității sale, el îl respinge, tocmai pentru că nu poate accepta ceea ce se opune rațiunii.

O ultimă precizare mai trebuie făcută despre doctrina libertariană: susținând eliminarea statului, libertarianismul propune o concepție pozitivă despre modul de funcționare al unei societăți fără stat. Întrucât nu este suficient spațiu pentru a dezvolta această idee, mă voi limita la a sublinia că societatea libertariană se pretinde viabilă, întrucât se bazează pe funcționarea legilor pieței, apte să asigure cooperarea socială pașnică, precum și toate bunurile și serviciile necesare satisfacerii nevoilor umane, inclusiv producția de securitate și justiție.

*

Perspectiva de ansamblu asupra libertarianismului facilitează înțelegerea motivelor pentru care doctrina juridică libertariană se

---

București, 2020.

8 Norberto Bobbio, *Liberalism și democrație*, Ed. a II-a, Editura Nemira, București, 2007, p. 35-37.

9 Rothbard, op. cit., p. 61-62.

dezice de tradițiile juridice anterioare, pretinzând că le depășește prin preluarea a ceea ce este valabil și corectarea a ceea ce este lipsit de valabilitate. În acest proces, gândirea juridică a lui Bruno Leoni apare ca un moment intermediar, valoros deoarece sancționează unele erori ale gândirii juridice anterioare, dar insuficient prin faptul că nu definitivează această „muncă" de conformare a dreptului cu rațiunea umană.

Cea mai importantă contribuție adusă de Leoni este combaterea teoriilor juridice moderne de tip pozitiv, care în esență, așa cum indică Rothbard, afirmă că „legea ar trebui să fie ceea ce spun legislatorii că este" (*Legea...*, p. 22). Leoni a observat că indiferent care este forma de guvernământ adoptată, dacă edictarea dreptului este un proces care depinde exclusiv de voința puterii statale, atunci aceasta „oferă o inevitabilă poartă deschisă pentru tirania Statului asupra individului" (*Despre...,* p. 2). Rothbard este de acord și oferă argumentul pentru care se ajunge la tiranie: lipsa oricărui criteriu care să-i ghideze pe legislatori în edictarea dreptului. „Legea ar trebui să fie ceea ce spun legislatorii că este" reprezintă o axiomă normativă care, fie că este particularizată în cadrul monarhiei de drept divin („legea ar trebui să fie ceea ce spune regele că este"), fie în cadrul democrației moderne („legea ar trebui să fie ceea ce spune poporul, prin reprezentanții săi, că este"), rămâne la fel de lipsită de întemeiere rațională. De asemenea, Rothbard apreciază critica adusă de Leoni ideii lui Hayek de a preveni tirania prin edictarea unor reguli legislative generale: pur și simplu, astfel de norme nu pot opri invadarea libertății. Este, în fond, aceeași dezavuare a strategiei liberale a statului de drept.

Condamnând sistemul legislativ modern, Leoni propune o viziune asupra dreptului inspirată de tradiția juridică romană, care presupune crearea dreptului pe cale judecătorească („judge-made law"). Într-o astfel de concepție, semnificația noțiunii de drept este radical schimbată: dreptul nu mai este „edictat", ci „găsit" sau „descoperit". Acesta devine un ansamblu de reguli cutumiare, care au caracter spontan. Identificarea, interpretarea și aplicarea acestora revine specialiștilor în drept, care își desfășoară activitatea în mod independent față de stat. Într-adevăr, Leoni militează pentru întoarcerea la practica antică a separării funcției judiciare de aparatul statal și care, în context modern, ar presupune competiția între judecători și instanțe private pentru descoperirea celor mai potrivite reguli juridice de soluționare a litigiilor. Rothbard îmbrățișează, desigur, această soluție, întrucât corespunde viziunii libertariene: nevoia oamenilor de drept și justiție poate fi cel mai bine satisfăcută tot prin intermediul unei piețe destinate furnizării acestora, unde

întâlnirea dintre cerere și ofertă, precum și competiția privată asigură „o dezvoltare a regulilor voluntare interpretate și aplicate de experți în drept” (*Despre...*, p. 5).

Care este punctul în care Rothbard se desparte de gândirea lui Leoni? Această despărțire este afirmată în mod tranșant și vizează neputința acestuia de a oferi un criteriu pe baza căruia să poată fi stabilit conținutul dreptului, respectiv prescripțiile impuse de normele juridice, astfel încât să se asigure în mod deplin protecția libertății juste a individului, finalitatea ultimă a libertarianismului. Rothbard refuză tranșant ideea de a accepta prescripțiile juridice în virtutea impunerii lor de către tradiție, întrucât, pe de o parte, nu există o întemeiere rațională a autorității acesteia, iar, pe de altă parte, cutuma poate prescrie comportamente care sunt în mod vizibil contrare libertății (exemplul preferat al lui Rothabard este acela al unei norme care ar prescrie uciderea tuturor roșcaților). Criterii precum unanimitatea sau regula imperativului categoric kantian sunt, de asemenea, lipsite de eficiență în apărarea drepturilor legitime ale persoanei.

Pentru Rothbard, ca libertarian, rezolvarea problemei criteriului just de stabilire a prescripțiilor juridice (a comportamentelor pentru a căror respectare se impune folosirea violenței) depinde, în mod esențial, de definirea adecvată a libertății. În această privință, Leoni realizează un prim pas: definește libertatea, așa cum a făcut-o tradiția liberală, drept „absență a constrângerii”; în aceste condiții, criteriul de scoatere în afara legii a unui comportament va consta în verificarea *inițierii unei constrângeri*. Problema apare, însă, după cum subliniază Rothbard, în faptul că nu este definită în mod corect constrângerea, respectiv „nu este definită într-o manieră adecvată sau convingătoare” (*Despre...*, p. 10-11). Aceeași greșeală caracterizează și gândirea lui Hayek. Motivul este următorul: coerciției îi este atribuit un sens prea lărgit, întrucât se permite definirea acesteia prin raportare la factori subiectivi (de exemplu, sentimentul unei persoane de a se simți constrânsă).

În acest sens, Rothbard insistă asupra faptului că prin constrângere trebuie să se înțeleagă, în mod strict, inițierea violenței fizice sau amenințarea cu aceasta. Libertarianismul aduce, astfel, o contribuție netă la stabilirea modului corect de determinare a sferei libertății individuale, deoarece „conceptul vag de «lezare» este înlocuit cu cel precis de violență fizică” (*Legea...*, p. 34). Atribuirea unui înțeles lărgit noțiunii de constrângere (care ar cuprinde, deci, pe lângă folosirea violenței fizice și anumite acțiuni non-violente) este greșită deoarece este generatoare de confuzie și auto-contradicție: pe scurt,

se ajunge în punctul în care, în anumite situații, din varii motive, este acceptată folosirea violenței împotriva exercițiului unui drept de proprietate legitim dobândit, pentru că, deși nu implică violență, este apreciat ca fiind „constrângător”.[10]

De asemenea, Rothbard remarcă în sistemul lui Leoni aceeași eroare pe care am văzut că o impută liberalismului clasic în ansamblul său: de a nu sancționa taxarea ca o formă de constrângere gravă și vădită. În aceste condiții, concluzia nu poate fi decât una: libertatea individuală nu poate fi garantată în mod desăvârșit decât într-o lume libertariană, în care prescripțiile dreptului sunt stabilite în mod coerent pe baza unui criteriu clar și just: constrângerea legitimă a legii nu poate fi exercitată decât împotriva celor care o exercită ei înșiși, respectiv folosesc violența împotriva unei persoanei sau a drepturilor de proprietate legitim dobândite ale acesteia.

*

Care va fi procesul de alcătuire a codului de legi care va guverna societatea libertariană? Rothbard îl apreciază ca fiind un proces de preluare și adaptare a gândirii juridice a umanității: „Deoarece dispunem de un corp de principii de *common law* ca un punct de plecare, sarcina rațiunii de a corecta și amenda sistemul de *common law* n-ar fi, totuși, nici pe departe atât de dificilă ca încercarea de a construi un corp sistematic de principii legale *de novo*, pornind de la zero”.[11] Un astfel de proces presupune „interpretarea și aplicarea continue ale acestui cod libertarian de către experți și judecători în instanțe private aflate în competiție” (*Despre...* p. 16).

Articolul lui Rothbard „Legea, drepturile de proprietate și poluarea aerului” urmărește să ilustreze, prin analiza complexă a unui număr considerabil de instituții juridice, modul în care ar trebui corectată fizionomia actuală a acestora – astfel cum se desprinde din legislație, jurisprudență și doctrină – pentru a corespunde exigențelor dreptului libertarian. Multitudinea de instituții juridice luate în discuție gravitează în jurul uneia centrale: răspunderea juridică. Într-adevăr, problema fundamentală la care trebuie să răspundă dreptul este: care sunt condițiile în care se poate angaja răspunderea (adică, în ce condiții se poate exercita în mod legitim coerciția) unei persoane și în ce constă această răspundere? Cu privire la cea din urmă întrebare, trebuie făcută o precizare importantă încă de la început: în ordinea juridică libertariană, singura răspundere de conceput este cea civilă, a cărei esență este „restituția”, respectiv despăgubirea integrală a

10 Rothbard, M.N., *F.A. Hayek and the Concept of Coercion*, accesibil la: https://mises.org/library/fa-hayek-and-concept-coercion

11 *Manifestul*, p. 276

victimei pentru prejudiciul produs prin fapta ilicită (anume, inițierea violenței sau amenințarea cu aceasta). Într-adevăr, răspunderea penală, centrată pe aplicarea de sancțiuni specifice menite să îndrepte infractorul, nu are niciun sens: „dacă nu există o entitate precum societatea sau statul și nimeni în afară de victimă nu are niciun drept de reclamant sau procuror, aceasta înseamnă că trebuie să dăm deoparte întreaga structură a dreptului penal și să rămânem doar cu dreptul civil (...)” (*Legea...*, p. 108). Totuși, anumite materii ale dreptului penal (tentativa, pedepsele etc.) pot fi integrate „într-un drept civil reconstituit”.

În ce constă, în esență, procesul de corectare, prin intermediul rațiunii, a instituțiilor juridice? Efortul libertarian ar consta în impunerea, acolo unde acestea lipsesc, a unor principii juridice clare, riguros deduse din criteriul libertarian fundamental, astfel cum a fost formulat anterior. Astfel de principii trebuie sa aibă caracter absolut, nefiind susceptibile de excepții mai mult sau mai puțin întemeiate pe rațiuni considerate a fi vagi precum „echitatea”; orice astfel de abateri reprezintă inconsecvențe ale gândirii, care sunt ca atare respinse. Articolul lui Rothbard prezintă prin numeroase exemple această manieră de a proceda. Mă voi limita la expunerea unora dintre acestea. Pentru o înțelegere cât mai adecvată, voi expune soluțiile juridice ale lui Rothbard în paralel cu cele din dreptul român actual.

Pentru un libertarian, răspunderea civilă delictuală are caracter „strict”, trăsătura sa fundamentală fiind că „se concentrează pe dreptul oricui la autoapărare și nu doar pentru cutare acuzat” (*Legea...*, p. 46). Specificul acestei viziuni asupra răspunderii este acela că, în condițiile în care exercitarea violenței fizice asupra unui non-agresor trebuie combătută în toate cazurile, ori de câte ori aceasta apare trebuie să recunoaștem dreptul deplin al victimei la autoapărare. O astfel de viziune conduce la consecințe care diferă semnificativ de teoria „clasică” a răspunderii, care introduce în aprecierea comportamentului agresorului și al victimei o variabilă suplimentară, nelegitimă prin caracterul său vag: „rezonabilitatea”. Diferența de perspective se poate observa, de exemplu, în modul în care este concepută legitima apărare. Opinia tranșantă a lui Rothbard este că, atât timp cât există o agresiune reală, victimei trebuie să i se recunoască un drept absolut de a se apăra, întrucât „orice atac asupra persoanei se poate transforma într-unul criminal; victima nu are nicio cale să știe dacă agresorul se va opri sau nu înainte de a-i provoca o vătămare gravă. Victima trebuie să fie îndreptățită să acționeze cu asumpția că orice atac este implicit unul mortal și, prin urmare, poate folosi forța mortală ca răspuns” (*Legea...*, p. 49).

Aceeași concluzie se aplică și dacă atacul nu vizează persoana, ci bunurile victimei. Această opinie, care se întemeiază pe caracterul absolut al legitimității exercitării violenței defensive, intră în contradicție cu viziunea legislației penale românești actuale care, într-o interpretare rothbardiană, ar introduce variabila vagă a „rezonabilității". Astfel, potrivit art. 19 din Codul penal, pentru a se reține că o persoană a exercitat un atac în legitimă apărare, trebuie ca apărarea să fie proporțională cu atacul. Victimei nu îi este permis, deci, să exercite violența mai intens decât o face agresorul, deși ea este cea care suportă un atac injust. Totuși, legea prevede două mecanisme suplimentare care tind să corecteze neajunsurile acestei condiții, ținând cont de nuanțele diverse ale realității. Art. 26 din Codul penal prevede că nu săvârșește o infracțiune „persoana aflată în stare de legitimă apărare, care a depășit, din cauza tulburării sau a temerii, limitele unei apărări proporționale cu gravitatea atacului"; cu alte cuvinte, legea consideră ca fiind admisibilă încălcarea condiției proporționalității, dacă aceasta este urmarea unor reacții apreciate ca firești ale unei persoane aflate sub atac. Mai mult, art. 75 din Codul penal prevede că depășirea limitelor legitimei apărări constituie circumstanță atenuantă; astfel, dacă apărarea este disproporționată din alte cauze decât tulburarea sau temerea, deși aceasta este ilicită, totuși legea înțelege să acorde o dispoziție favorabilă victimei care a reacționat mai violent decât agresorul, iar aceasta chiar dacă, de exemplu, victima a acționat vădit intenționat.

Un al doilea exemplu pentru efortul libertarian de adaptare a dreptului este cel referitor la modul în care trebuie apreciată una dintre condițiile esențiale ale răspunderii juridice: legătura de cauzalitate între fapta producătoare de violență fizică și prejudiciul produs victimei. Rothbard este, din nou, tranșant: „trebuie să existe o legătură cauzală strictă între un agresor și o victimă, iar această legătură trebuie demonstrată dincolo de orice îndoială rezonabilă. Trebuie să fie cauzalitate în accepțiunea de bun-simț a conceptului probei stricte că «A îl lovește pe B», nu doar probabilitate sau corelație statistică" (*Legea...*, p. 66). Această exigență a unei înțelegeri „stricte" a legăturii cauzale – conform căreia o astfel de legătură trebuie să fie una directă, neechivocă – derivă în mod necesar din aplicarea consecventă a aceluiași principiu fundamental: cum folosirea agresiunii e legitimă doar în cazul agresorilor, calitatea de agresor trebuie să fie vădită, fiind necesară, în acest sens, dovedirea indubitabilă a legăturii dintre actul de violență și prejudiciul suferit de victimă.

Iar această regulă trebuie să fie absolută: chiar și într-un exemplu precum cel al poluării aerului, când fapta de poluare reprezintă

factorul cel mai probabil de determinare a bolii victimei (vătămarea plămânilor), Rothbard arată că, în lipsa dovedirii corelației stricte între poluare și boală, nu putem antrena răspunderea juridică a poluatorului; el insistă că această concluzie se menține indiferent dacă este sau nu faptic posibilă această dovadă, întrucât legitimitatea regulii nu depinde de împrejurări particulare. Or, această abordare este susceptibilă de critici din punctul de vedere al unei raționalități de tip practic, care impune adaptarea regulii în contexte de excepție. Un exemplu[12] de aplicare a acestui punct de vedere se regăsește într-o speță soluționată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), ale cărei hotărâri fac parte integrantă din dreptul român. În esență, în cauza respectivă, o persoană s-a îmbolnăvit grav în perioada imediat ulterioară administrării unui vaccin, dar mijloacele științifice de probă (expertize) administrate în cauză n-au putut nici confirma, nici infirma legătura de cauzalitate dintre cele două evenimente. În aceste condiții, CJUE a stabilit că în această situație este permis un regim probatoriu care derogă de la regulă probării stricte și care admite că „anumite elemente de fapt invocate de reclamant constituie indicii grave, precise și concordante care permit să se concluzioneze că există un defect al vaccinului și o legătură de cauzalitate între acest defect și boala respectivă”. O astfel de abordare afirmă că dovedirea răspunderii se poate face pe baza unor prezumții deduse din anumite circumstanțe de fapt, fără dovedirea unei cauzalități stricte, având în vedere că în actualul stadiu al dezvoltării tehnico-științifice o astfel de dovedire este puțin probabilă sau chiar imposibilă.

*

Concepția libertariană asupra dreptului este în mod firesc integrată viziunii filosofico-politice a acestei doctrine. Normele juridice trebuie să construiască un ansamblu perfect coerent, operă a rațiunii care se raportează permanent și consecvent la singurul criteriu fundamental apreciat ca fiind just: exercitarea agresiunii trebuie realizată doar împotriva agresorilor. Acest criteriu este rațional deoarece el este singurul în măsură să garanteze faptul că dreptul protejează libertatea individului (dezideratul ultim, dat fiind că individul reprezintă realitatea ultimă), care presupune respectarea strictă a drepturilor de proprietate legitime ale acestuia.

Mulțumiri,

În scrierea acestui material am valorificat numeroase discuții avute în cadrul celor două ediții, din 2022 și 2023, ale Școlii de toamnă de la

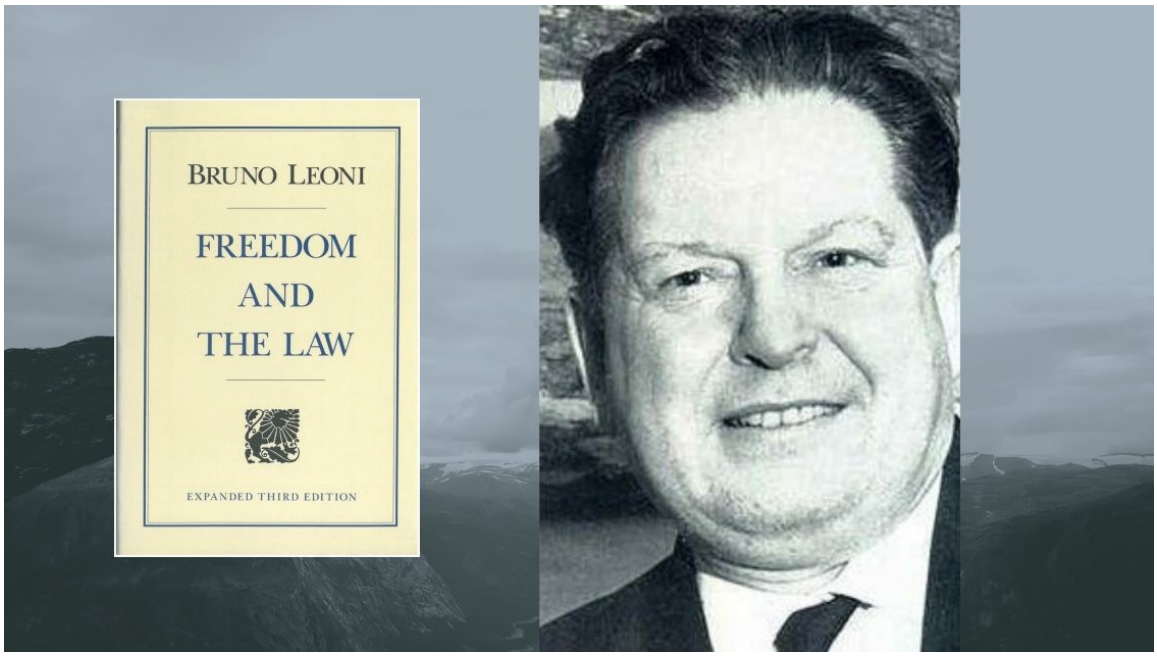
12 CJUE, cauza C-621/15, N.W. și alții împotriva Sanofi Pasteur MSD SNC și alții, 21 iunie 2017.

Breb organizate de Institutul Mises România, pentru a căror importanță țin să mulțumesc pe această cale. De asemenea, țin să adresez mulțumiri pentru discuțiile purtate în cadrul seminarelor organizate la Centrul de excelență în istoria culturii și a civilizației românești „Criterion”.

Nicolae Săcrieru

Despre „Libertate și drept”

[Acest text a fost publicat prima dată în *New Individualist Review*, ed. Ralph Raico, Indianapolis, Liberty Fund, 1981 și reprezintă o recenzie a lucrării lui Bruno Leoni, *Libertate și drept* (Princeton: D. Van Nostrand, 1961). Traducere de Nicolae Săcrieru]



În timp ce există măcar un grup redus de economiști libertarieni în America astăzi, situația în celelalte discipline ale acțiunii umane este într-adevăr descurajantă. Cei mai mulți politologi, de exemplu, sunt angajați fie în fabricarea de „modele” scientiste eronate, fie într-o solemnă înregistrare empirică a trivialităților activității birocrației publice. Mica minoritate a filosofilor politici (aceia care încă încearcă să răspundă la probleme fundamentale precum natura sau buna funcționare a Statului) trâmbițează pretinsele măreții ale Ordinii, Tradiției, Comunității, a „Saltului în Ființă”, ale Bunelor Moravuri, dar rămân oarecum tăcuți în privința libertății individului. Această atmosferă generalizată face să fie cu atât mai bine-venită publicarea unei serii notabile de prelegeri ale Profesorului Bruno Leoni, jurist eminent și politolog la Universitatea din Pavia, Italia. În cazul său este în sfârșit vorba de un politolog cu puternice înclinații libertariene.

Teza principală a Profesorului Leoni este că până și economiștii cei mai devotați pieței libere au admis, lipsiți de înțelepciune, că legile trebuie create prin legiferare de către puterea statală; această concesie, arată Leoni, oferă o inevitabilă poartă deschisă pentru tirania Statului asupra individului. Cealaltă față a monedei privind creșterea intervenției guvernului pe piața liberă a fost proliferarea legislației, însoțită de inerenta coerciție a unei majorități – sau, mai des, a unei oligarhii a pseudo-„reprezentanților” unei majorități –

asupra restului populației. În legătură cu aceasta, Leoni prezintă o critică excepțională a scrierilor recente ale lui F.A. Hayek cu privire la „domnia legii”. În opoziție cu Hayek, care militează pentru reguli legislative generale în locul capriciilor birocrației arbitrare sau a „dreptului administrativ”, Leoni subliniază că pericolul real și fundamental nu este organul administrativ, ci actul legislativ care face posibilă emiterea normelor administrative.[13] Nu este suficient, demonstrează Leoni, să ai reguli aplicabile tuturor și scrise de mai înainte; pentru că înseși aceste reguli ar putea să încalce libertatea – și, în general, chiar o fac.

Marea contribuție a lui Leoni este de a arăta până și teoreticienilor celor mai devotați ai *laissez-faire*-ului o alternativă la tirania legiferării. Mai degrabă decât să acceptăm ori dreptul impus pe cale administrativă (*administrative law*), ori legiferarea, Leoni militează pentru o întoarcere la tradițiile și principiile antice ale dreptului jurisprudențial (*judge-made law)* ca o metodă de limitate a Statului și de asigurare a libertății. În dreptul privat roman, în codurile civile continentale, în dreptul cutumiar anglo-saxon, „drept” nu înseamnă ceea ce credem noi astăzi: nesfârșite edictări ale unui organ legislativ sau ale unuia executiv. „Dreptul” nu era *edictat,* ci *găsit* sau descoperit; acesta reprezenta un corp de reguli cutumiare care, precum limbile sau cutumele, crescuse spontan și complet voluntar în mijlocul oamenilor. Aceste reguli spontane au constituit „dreptul”; și au fost eforturile experților în drept – bătrânii tribului, judecători sau juriști – cele care au determinat ce este dreptul și cum ar trebui acesta să se aplice numeroaselor situații litigioase care apar încontinuu.

Dacă legiferarea este înlocuită de un astfel de drept jurisprudențial, spune Leoni, fixitatea și *certitudinea* (una dintre cerințele fundamentale ale „domniei legii”) vor înlocui edictările, supuse schimbărilor capricioase, ale legislației scrise (*statutory legislation)*. Conținutul dreptului jurisprudențial se schimbă foarte încet; mai mult decât atât, întrucât hotărârile judecătorești pot fi pronunțate doar atunci când părțile sesizează instanțele cu litigiile lor și întrucât hotărârile se aplică adecvat doar unui caz particular, dreptul jurisprudențial – spre deosebire de legiferare – permite ca un corp vast de reguli, acorduri și arbitraje voluntare, adoptate liber, să se

13 Leoni prezintă de asemenea o critică eficace a apărării de către Hayek a „instanțelor administrative” speciale. Dacă trebuie să fie o lege pentru birocrați și încă o altă lege pentru cetățenii obișnuiți, atunci nu există deloc egalitate în fața legii pentru toată lumea și, de aceea, nu există în niciun caz o veritabilă „domnie a legii”. În această privință, ca și în alte părți, Leoni reabilitează domnia legii înțeleasă în mod strict, așa cum era promovată de marele jurist englez de secol al XIX-lea, A.V. Dicey, în opoziție cu versiunile moderne mai diluate ale lui Hayek și C.K. Allen.

dezvolte atât cât este necesar societății. Leoni arată într-un mod excepțional analogia dintre aceste reguli și acorduri libere, care exprimă cu adevărat „voința comună” a *tuturor* participanților, și acordurile și schimburile voluntare ale pieței libere.[14] Geamăna economiei de piață liberă *nu* este, atunci, un organ legislativ democratic care fabrică mereu noi *dictate* pentru societate, ci o dezvoltare a regulilor voluntare interpretate și aplicate de experți în drept.

Dacă Leoni este vag și oscilant în privința structurii pe care instanțele sale o vor avea, el indică, cel puțin, posibilitatea concurenței private dintre judecători și instanțe judecătorești. La întrebarea: cine îi va numi pe judecători, Leoni răspunde cu întrebarea: cine îi „numește” în prezent, în societate, pe doctorii ori pe oamenii de știință cei mai buni? Ei nu sunt numiți, ci obțin acceptarea generală și voluntară pe baza propriilor merite. În mod similar, deși în anumite pasaje Leoni acceptă ideea unei curți statale supreme despre care el admite că devine ea însăși un organ cvasilegislativ,[15] el chiar militează pentru restaurarea practicii antice a *separării* puterii publice de funcția judiciară. Dacă nu pentru alt motiv, lucrarea Profesorului Leoni este extrem de valoroasă pentru formularea, în epoca noastră în care Statul trebuie regândit profund, a posibilității unei separări operaționale a funcției judiciare de aparatul Statului.

Un mare defect al tezei lui Leoni este absența oricărui criteriu pentru stabilirea *conținutului* dreptului jurisprudențial. Este un accident fericit al istoriei că o parte semnificativă a dreptului privat și a dreptului cutumiar este libertariană, că acestea reglementează mijloacele de conservare a persoanei și proprietății cuiva împotriva „agresiunii”. Dar o bună parte a vechiului drept a fost antilibertariană și cu siguranță nu se poate aștepta ca obiceiul să fie întotdeauna în concordanță cu libertatea. Vechea cutumă poate fi, în definitiv, un bastion fragil, într-adevăr; dacă obiceiurile oprimă libertatea, mai trebuie acestea să servească drept cadru legal permanent sau, cel puțin, secular? Să presupunem că vechiul obicei stabilește ca femeile virgine să fie aduse jertfă zeilor la lumina lunii pline sau ca roșcații să

14 Aceasta contrastează cu susținerea ridicolă a legislatorilor „democratici”, care impun disidenților în mod coercitiv regulile lor; potrivit lor aceste reguli sunt expresii ale „voinței comune”. Pentru a fi „comună”, subliniază Leoni, voința trebuie să fie una unanimă.

15 Într-un anumit punct, pare că Leoni crede că cerința unanimității la nivelul instanței Curții Supreme pentru orice schimbare asupra deciziilor anterioare ar putea în mod aproximativ să susțină „modelul Leoni” pe scena americană. Dar în această privință totul depinde de „punctul zero” la care cerința unanimității este introdusă. În actuala lume condusă atât de mult de Stat, cerința unanimității pentru schimbare ar tinde să fixeze normele noastre etatice în mod permanent în societate.

fie măcelăriți ca fiind demoni. Ce se întâmplă atunci? Nu ar putea fi supus obiceiul unui test de raționalitate mai înalt? Dreptul cutumiar conține astfel de elemente antilibertariene, precum legea „conspirației" (*law of „conspiracy")* și legea „defăimării care incită la răzvrătire" (*law of „seditious libel")* (care scoate în afara legii critica puterii publice), atât de des introduse în ansamblul normativ de către regi și slujbașii acestora. Și poate cel mai slab punct al lucrării este venerația lui Leoni față de dreptul roman; dacă acesta a oferit un paradis al libertății, cum se pot explica fiscalitatea apăsătoare, inflația și alterarea monetară periodică, rețeaua represivă de controale și măsurile „asistențiale" sau autoritatea imperială nelimitată pe care le-a presupus Imperiul Roman?

Leoni oferă câteva criterii diferite pentru stabilirea conținutului dreptului, dar niciunul nu este foarte reușit. Unul este *unanimitatea*. Dar deși plauzibil la prima vedere, chiar unanimitatea explicită nu este în mod necesar libertariană; în acest sens, să presupunem că nu se află deloc musulmani într-o țară și fiecare hotărăște – iar acest lucru devine cutumă – că toți musulmanii ar trebui să fie trimiși la moarte. Și ce ar fi dacă, mai târziu, câțiva musulmani ar ajunge în țara respectivă? În plus, așa cum recunoaște Leoni, există problema *infractorului*; cu siguranță *el* nu va fi în favoarea propriei pedepsiri. În privința acestui aspect, Leoni se refugiază în construirea chinuitoare a unei unanimități implicite, respectiv că, într-o astfel de situație precum uciderea sau furtul, infractorul ar agrea pedeapsa dacă *oricine altcineva* ar fi infractorul, astfel încât *chiar* el ar fi de acord cu dreptatea legii. Dar să presupunem că acest infractor sau alții din comunitate au convingerea filosofică potrivit căreia anumite grupuri umane (fie ele de roșcați, musulmani, proprietari de pământ, capitaliști, generali sau orice altceva) *merită* să fie ucise. Dacă victima este un membru al unuia dintre aceste grupuri detestate, atunci nici infractorul, nici alții care împărtășesc această convingere nu vor fi de acord cu justețea nici a legii generale împotriva uciderii, nici a pedepsirii în particular a ucigașului. Pentru acest singur temei, teoria unanimității implicite este sortită eșecului.

Un al doilea criteriu oferit pentru stabilirea conținutului dreptului este Regula de Aur în formularea sa negativă: „Să nu faci celorlalți ceea ce nu ai vrea ca ei să-ți facă ție". Dar aceasta este, de asemenea, nesatisfăcătoare. Un prim motiv este că unele acte considerate în general criminale ar trece în continuare testul Regulii de Aur negative: astfel, un sadomasochist poate să tortureze o altă persoană, dar, deoarece el ar fi încântat să fie torturat, actul său, din perspectiva Regulii de Aur negative, nu ar putea fi considerat criminală. Pe de altă parte, Regula de Aur este un criteriu mult prea

larg; multe acte care ar fi condamnate drept criminale ar trebui cu siguranță să nu fie astfel. De aceea, Regula statuează că oamenii nu ar trebui să se mintă unii pe alții (un om nu ar vrea să fie mințit) și totuși puțini ar cere ca toate minciunile să fie declarate ilicite. De asemenea, Regula de Aur ar stabili ca niciun om să nu întoarcă spatele unui cerșetor, pentru că cel dintâi nu ar dori ca cerșetorul să-i întoarcă spatele dacă pozițiile celor doi ar fi inversate – și totuși, este în mod cert neconformă cu libertarianismul declararea ca ilicit a refuzului de a face milostenii unui cerșetor.[16]

Leoni sugerează un criteriu mult mai promițător: libertatea să fie definită ca lipsă a constrângerii sau a coerciției – cu excepția celei îndreptate împotriva celor care constrâng. În acest caz, *inițierea* coerciției este ilicită și funcția „puterii guvernamentale" devine strict limitată la a-i constrânge pe cei care constrâng. Dar, în mod foarte nefericit, Leoni cade în chiar aceeași eroare care l-a pus în dificultate pe Hayek în a sa „Constituție a libertății": „coerciția" sau „constrângerea" nu este definită într-o manieră adecvată sau convingătoare.[17] La început, Leoni oferă promisiunea unei corecte înțelegeri a coerciției, atunci când spune că nu se poate considera că un om îl „constrânge" pe altul când refuză să cumpere bunurile sau serviciile acestuia din urmă sau când refuză să salveze un om de la înec. Dar ulterior, în nefericitul său capitol 8, Leoni admite că ar putea exista constrângere atunci când o persoană religioasă *s-ar simți* „constrânsă" din cauză că o altă persoană nu-și conformează conduita potrivit practicilor religioase ale celei dintâi. Și acest sentiment al constrângerii ar putea părea că justifică astfel de încălcări ale libertății precum legile restricțiilor duminicale (*Sunday blue laws*). În această privință, Leoni cade din nou în eroarea de a-și plasa testul privind constrângerea sau coerciția nu pe acte obiective ale celui acuzat, ci pe trăiri subiective ale celui care reclamă. Cu siguranță, aceasta este o cale extrem de largă spre tiranie!

Mai mult decât atât, Leoni, aparent, nu vede că taxarea este un prim exemplu de coerciție și că este în mod cert incompatibilă cu propria sa viziune asupra unei societăți libere. Pentru că, în cazul în care coerciția este limitată la cei care o practică la rândul lor, atunci cu siguranță taxarea este o prelevare constrângătoare nedreaptă din proprietatea unei mulțimi vaste de cetățeni care nu constrâng pe alții (*non-coercing)*. Cum poate fi ea justificată în acest caz? Leoni, din nou

16 O eroare fundamentală – în acest loc și în altele – este tendința lui Leoni de a lua drept test al criminalității sentimentele subiective ale participanților, mai degrabă decât acțiunile lor obiective.

17 Pentru o critică excelentă a conceptului de coerciție la Hayek, vezi Ronald Hamowy, „Hayek's Concept of Freedom: A Critique", *New Individualist Review*, (April, 1961), pp. 28-31.

în capitolul 8, admite de asemenea, în societatea sa ideală, existența unei legislații care include, *mirabile dictu*, câteva sectoare de activitate naționalizate![18] O anumită naționalizare favorită a lui Leoni este cea a farurilor de coastă. Argumentul său este că un far nu ar putea să ceară consumatorilor individuali un preț pentru serviciile sale și de aceea ar trebui să fie subvenționat de stat.

Răspunsurile elementare date acestui argument sunt în număr de trei:

(1) taxarea făcută pentru faruri presupune coerciție și reprezintă, astfel, o încălcare a libertății;

(2) chiar dacă farul nu poate impune un preț indivizilor, ce oprește companiile maritime să-și construiască ori să-și subvenționeze propriile faruri? Replica obișnuită este că în acest caz diverse „căpușe" (*free riders*) ar beneficia de serviciu fără să plătească. Dar acest lucru este universal adevărat în *orice* societate. Dacă devin o persoană mai bună sau dacă îmi întreținn grădina mai bine, aduc beneficii suplimentare de care se bucură alți oameni. Sunt eu îndreptățit în acest caz să le pretind tribut pentru acest fapt fericit?

(3) În fapt, farurile *ar putea* ușor să pretindă navelor plata aferentă serviciilor prestate, *dacă* le-ar fi permis să dețină acele suprafețe de mare pe care le transformă prin iluminare. Unui om care ia *pământ* nedeținut de nimeni și îl transformă în scopuri productive îi este imediat atribuită proprietatea acelui pământ, care din acel moment poate fi folosit în mod economic; de ce nu ar putea aceeași regulă, care se aplică acestor resurse naturale diferite, să se aplice și mării? Dacă proprietarului farului i-ar fi atribuită proprietatea acelei suprafețe a mării pe care el o iluminează, atunci el ar putea să perceapă tarif fiecărei nave care traversează acea suprafață. În această situație, deficiența o constituie un eșec, nu al pieței libere, ci al puterii publice și al societății de a atribui un drept de proprietate proprietarului legitim al resursei.

Cu privire la necesitatea taxării pentru farurile publice și alte servicii, Leoni adaugă comentariul uimitor că „în aceste cazuri principiul liberei alegeri în activitățile economice nu este abandonat și nici chiar pus la îndoială". De ce? Pentru că „se admite" că acei oameni oricum ar fi doritori să plătească pentru acele servicii, dacă ar fi valabile pe piață. Dar *cine* admite acest lucru și în ce măsură? Și ce oameni ar plăti?

---

18 Astfel, Leoni afirmă că în acele cazuri neclare când criminalitatea sau constrângerea nu pot fi în mod obiectiv determinate, există loc pentru legislație coercitivă. Dar cu siguranță regula adecvată – și libertariană – este că situațiile neclare vor fi soluționate în favoarea „laissez-faire"-ului – a lăsării activității să funcționeze.

Problema noastră poate fi totuși rezolvată; un criteriu convingător *chiar* există pentru conținutul dreptului libertarian. Acest criteriu definește coerciția sau constrângerea, în mod simplu, astfel: inițierea violenței ori a amenințării cu aceasta împotriva altei persoane. Devine *atunci* clar că folosirea coerciției (violenței) trebuie să fie limitată la constrângerea celor care inițiază violența împotriva semenilor lor. Un argument pentru concentrarea atenției noastre către violență este că unica armă angajată de puterea publică (sau de orice altă agenție de protecție) împotriva crimei este în mod precis amenințarea cu violența. Să „scoți în afara legii" orice acțiune înseamnă în mod precis să amenințI cu violența împotriva oricui ar comite-o. De ce atunci să nu utilizăm violența *doar* pentru a inhiba pe aceia care inițiază violență și nu împotriva altor acțiuni sau nonacțiuni pe care cineva le-ar putea defini drept „coerciție" sau „constrângere"? Și totuși, problema tragică este că atât de mulți gânditori cvasilibertarieni au eșuat, în decursul timpului, să adopte această definiție a constrângerii sau au eșuat să limiteze violența la acțiunile de contracarare a violenței, deschizând în schimb ușa etatismului prin utilizarea unor concepte vagi, confuze precum „dăunare", „interferență", „sentimente de constrângere" etc. Să decretăm că nicio violență nu poate fi inițiată împotriva unei alte persoane și toate portițele spre tiranie pe care chiar persoane precum Leoni le acceptă: restricții duminicale, faruri publice, fiscalitate etc. vor fi eliminate.

Pe scurt, există o *altă* alternativă în societate pentru drept, o alternativă nu doar pentru reglementarea administrativă sau pentru cea legislativă, ci chiar pentru dreptul jurisprudențial. Această alternativă este dreptul libertarian, bazat pe criteriul că violența ar putea fi folosită doar împotriva celor care inițiază violență și fundamentat astfel pe inviolabilitatea persoanei și proprietății fiecărui individ față de „imixtiunea" prin violență. În practică, aceasta înseamnă preluarea cât mai amplă a dreptului cutumiar de factură libertariană și corectarea lui prin utilizarea rațiunii umane, înainte de a-l ridica la rangul de cod libertarian permanent sau de constituție. Și aceasta presupune interpretarea și aplicarea continue ale acestui cod libertarian de către experți și judecători în instanțe private aflate în competiție.

Profesorul Leoni concluzionează în cartea sa atât de interesantă și importantă că „procesul de creare a dreptului este în mult mai mare măsură un proces teoretic decât un act de voință". Dar cu siguranță „un proces teoretic" implică folosirea rațiunii umane pentru a stabili un cod de reguli care va fi o fortăreață de neclintit și lipsită de imperfecțiuni pentru libertatea umană.

Legea, drepturile de proprietate și poluarea aerului

[Text publicat inițial în *Cato Journal* 2, no. 1 (Spring, 1982): 55–99. Traducere de Costel Stăvărache și Tudor Smirna.]

Dreptul ca disciplină normativă

Dreptul este un grup de obligații; principiile dreptului civil sau penal, cu care ne vom ocupa, sunt obligații negative sau prohibiții, de tipul „nu trebuie să" faci acțiunile X, Y sau Z.[19] Pe scurt, anumite acțiuni sunt considerate greșite în așa fel încât e considerată potrivită folosirea sancțiunilor violente (pentru că legea este încorporarea socială a violenței) pentru a combate, apăra împotriva sau pedepsi răufăcătorii.

Există multe acțiuni împotriva cărora nu se consideră potrivită folosirea violenței, individuale sau organizate. Simpla minciună (adică, unde nu sunt încălcate contractele de transfer al titlurilor de proprietate), trădarea, ingratitudinea, obrăznicia față de prieteni și asociați sau întârzierea la întâlniri sunt în general considerate greșite, dar puțini se gândesc la folosirea violenței pentru a le interzice sau

19 Principiile juridice care formulează interzicerea anumitor acțiuni ca delicte sau sancțiuni trebuie distinse de decretele statutare sau administrative care formulează cereri pozitive precum „trebuie să plătești cantitatea X de taxe" sau „trebuie să te prezinți pentru încorporare la cutare dată". Într-un sens, firește, *toate* obligațiile pot fi formulate în așa fel încât să apară ca negative ca „nu trebuie să refuzi să plătești cantitatea X de taxe" sau „nu trebuie să nu asculți ordinul de a te prezenta la încorporare". De ce o astfel de reformulare e nepotrivită se va discuta mai jos. Vezi mai jos discuția „delictelor" *vis-à-vis* de „infracțiuni".

combate. Alte sancțiuni – precum refuzul de a vedea o persoană sau de a avea de-a face cu ea, ostracizarea etc. – pot fi folosite de indivizi sau grupuri, dar folosirea violenței legii pentru a interzice asemenea acțiuni este considerată excesivă sau nepotrivită.

Dacă etica este o disciplină normativă care identifică și clasifică anumite tipuri de acțiuni ca bune sau rele, corecte sau greșite, atunci dreptul penal sau civil este un subgrup al eticii identificând anumite acțiuni ca potrivite pentru folosirea violenței împotriva lor. Dreptul spune că acțiunea X ar trebui să fie ilegală și, prin urmare, *ar trebui* combătută prin violența legii. Legea este un grup de propoziții cu „trebuie" sau normative.

Mulți autori și juriști susțin că dreptul este o disciplină „pozitivă", neutră valoric. E posibil doar să listez, clasific și analizez legea existentă, fără însă a spune mai departe ce trebuie și ce nu trebuie să fie legea.[20] Însă acest tip de jurist nu-și realizează sarcina sa esențială. Întrucât dreptul este, în cele din urmă, o colecție de instrucțiuni normative, adevăratul jurist sau filosof juridic nu și-a definitivat sarcina, oricât de grea ar fi aceasta, până nu a formulat ce trebuie să fie legea. Dacă nu o face, atunci abdică în mod necesar de la sarcina sa în favoarea indivizilor sau grupurilor nepregătite în principiile juridice, care-și pot impune obligațiile lor prin *fiat* pur și capriciu arbitrar.

Astfel, juriștii austinieni proclamau că regele sau suveranul trebuie să dea legea iar aceasta e o colecție de obligații care emană din voința sa. Dar atunci se ridică întrebarea: pe ce principii funcționează sau ar trebui să funcționeze regele?[21] E posibil să spunem vreodată că regele dă un decret „rău" sau „nepotrivit"? Odată ce juristul admite aceasta, el merge dincolo de voința arbitrară pentru a începe să formuleze o colecție de principii normative care ar trebui să-l ghideze pe suveran. Și astfel se întoarce la legea normativă.

Versiunile moderne ale teoriei juridice pozitive afirmă că legea ar trebui să fie ceea ce spun legislatorii că este. Dar ce principii ar trebui să ghideze legislatorii? Și dacă spunem că legislatorii ar trebui să fie purtătorii de cuvânt ai votanților lor, putem să împingem problema un pas înapoi și să întrebăm: Ce principii ar trebui să

20 Totuși, Ronald Dworkin, a subliniat că și analiza juridică pozitivă implică în mod necesar întrebări și standarde morale. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977), chaps. 2, 3, 12, 13. Vezi și Charles Fried, „The Law of Change: The Cunning of Reason in Moral and Legal History" *Journal of Legal Studies* (March 1980): 340.

21 Și austinienii, desigur, introduc o axiomă normativă în teoria lor pozitivă: legea trebuie să fie ce spune regele că este. Această axiomă e neanalizată și neîntemeiată pe vreo mulțime de principii etice. [Austinienii sunt adepții juristului britanic John Austin (1790-1859) – n.tr.]

ghideze votanții? Sau legea, și ca atare libertatea oricui de acțiune, trebuie guvernată de capriciul arbitrar a milioane mai degrabă decât de cel al unui om sau al câtorva?[22]

Chiar și înțelegerea mai veche că legea trebuie determinată de judecători tribali sau de drept comun (*common-law*), care doar interpretează tradițiile tribului sau societății, nu poate scăpa de judecățile normative fundamentale ale teoriei. *De ce* trebuie ascultate regulile tradiționale? Dacă tradițiile tribale cer uciderea tuturor oamenilor mai înalți de șase picioare, trebuie această tradiție ascultată oricum? De ce nu poate rațiunea formula o colecție de principii care provoacă și răstoarnă obiceiurile și tradiția? În mod asemănător, de ce aceasta nu poate fi folosită pentru a răsturna capriciul arbitrar al regelui sau al publicului?

Așa cum vom vedea, dreptul civil sau cel penal sunt o colecție de interdicții împotriva invaziei sau agresiunii împotriva dreptului de proprietate privată, adică, a sferei libertății de acțiune pentru fiecare individ. Dar, dacă acesta este cazul, atunci implicația obligației „Nu trebuie să interferezi cu dreptul de proprietate al lui A" este că dreptul de proprietate al lui A este just și, ca atare, nu ar trebui invadat. Așadar, prohibițiile juridice, departe de a fi neutre valoric, de fapt implică o mulțime de teorii despre dreptate, în particular alocarea corectă a drepturilor și titlurilor de proprietate. „Dreptatea" nu e nimic dacă nu e un concept normativ.

În anii recenți totuși, juriștii și economiștii „Școlii de la Chicago" au încercat să dezvolte teorii ale drepturilor de proprietate neutre valoric, drepturi definite și protejate nu pe baza unor norme etice ca dreptatea, ci pe o formă de „eficiență socială". Într-o astfel de variantă, Ronald Coase și Harold Demsetz au afirmat că „nu contează" cum sunt alocate drepturile de proprietate în cazuri de interese conflictuale, dacă unele drepturi de proprietate sunt asignate *cuiva* și apoi apărate. În exemplul său faimos, Coase discută cazul locomotivei care poluează fermele și livezile din apropiere. Pentru Coase și Demsetz, această pagubă adusă fermierului de către calea ferată este o „externalitate" care ar trebui, potrivit scopului eficienței sociale, să fie internalizată. Dar pentru acești economiști nu contează care din cele două cursuri ale acțiunii este ales. Unul poate spune că fermierul are dreptul de proprietate asupra livezii; ca atare, calea ferată trebuie să-i plătească despăgubiri pentru pierderea sa și fermierul trebuie să-i interzică acțiunile invazive. Altul poate spune că feroviarii pot răspândi fumul în continuare unde vor și, dacă fermierul

22 Iarăși, aceste versiuni democratice de teorie juridică pozitivă se agață de axioma normativă neîntemeiată că statutele trebuie formulate în funcție de orice vor legislatorii sau votanții.

vrea să oprească fumul, el trebuie să plătească calea ferată să instaleze un dispozitiv de abatere a fumului. Nu contează, din punctul de vedere al cheltuielii resurselor productive, care drum este ales.

De exemplu, să presupunem că feroviarii comit o pagubă în valoare de 100.000 $ și în cazul 1 se consideră că acțiunea invadează proprietatea fermierului. În acest caz, calea ferată trebuie să-i plătească 100.000 $ fermierului sau să investească într-un dispozitiv de abatere a fumului, oricare e mai ieftin dintre cele două. Însă în cazul 2, unde calea ferată are dreptul de proprietate să emită fum, fermierul trebuie să plătească căii ferate până la 100.000 $ pentru a opri prejudicierea fermei sale. Dacă dispozitivul pentru fum costă mai puțin de 100.000 $, să spunem 80.000 $, atunci dispozitivul va fi instalat indiferent de cui sunt asignate drepturile de proprietate. În primul caz, calea ferată va cheltui 80.000$ pe dispozitiv mai degrabă decât să-i plătească 100.000$ fermierului; în cazul 2, fermierul va plăti căii ferate 80.000$ până la 100.000 $ pentru a-i instala dispozitivul. Dacă, pe de altă parte, dispozitivul pentru fum costă mai mult de 100.000$, să spunem 120.000$, atunci dispozitivul nu va fi instalat oricum, indiferent de drumul ales. În cazul 1, calea ferată îi va plăti fermierului pagube de 100.000$ mai degrabă decât 120.000$ pentru acest dispozitiv; în cazul 2, nu va fi în avantajul fermierului să înzestreze calea ferată cu 120.000 $ pentru dispozitiv, deoarece aceasta este pentru el o pierdere mai mare decât cea de 100.000$. Ca atare, indiferent de cum sunt asignate drepturile de proprietate — potrivit lui Coase și Demsetz — alocarea resurselor va fi aceeași. Diferența dintre cele două e numai o problemă de „distribuție”, adică de venit sau avere.[23]

Există mai multe probleme legate de această teorie. În primul rând, venitul și averea sunt importante *pentru părțile implicate*, deși n-ar putea să fie pentru economiștii spectatori. Contează foarte mult pentru ambele părți cine trebuie să plătească și cui. În al doilea rând, această teză funcționează numai dacă ignorăm deliberat factorii psihologici. Costurile nu sunt numai monetare. Fermierul poate avea un atașament față de livadă dincolo de paguba monetară. Ca atare, livada s-ar putea să valoreze pentru el mai mult decât cei 100.000 $ pentru pagube, în așa fel încât să fie nevoie de 1 milion $ pentru a-l compensa pentru pierderea completă. Dar atunci presupusa indiferență se prăbușește. În cazul 1, fermierul nu va fi mulțumit să accepte doar 100.000 $ în pagube. El va lua un ordin de interdicție împotriva unei agresiuni ulterioare împotriva proprietății sale și chiar

23 Vezi articolul de la care pleacă această analiză, Ronald H. Coase, „The Problem of Social Cost” *Journal of Law and Economics* 3 (October 1960): 10. Pentru o critică, vezi Walter Block, „Coase and Demsetz on Private Property Rights” *Journal of Libertarian Studies* (Spring, 1977): 111–15.

dacă legea permite negocierea între părți pentru îndepărtarea ordinului, el va insista pentru o sumă de peste 1 milion $ de la calea ferată, pe care calea ferată nu va dori să-i plătească.[24] Invers, în cazul 2, e puțin probabil ca fermierul să strângă 1 milion $ necesari pentru a opri invazia cu fum a livezii.

Atașamentul fermierului pentru livada sa face parte dintr-o dificultate mai mare pentru doctrina Coase-Demsetz: costurile sunt pur subiective și nu pot fi măsurate în termeni monetari. Coase și Demsetz au o clauză în teza lor a indiferenței că toate „costurile tranzacționale" sunt zero. Dacă ele nu sunt zero, atunci ei susțin o alocare a drepturilor de proprietate care minimizează costurile tranzacționale sociale. Dar odată ce înțelegem cum costurile sunt subiective pentru fiecare individ și ca atare, nemăsurabile, vedem că acestea nu pot fi adunate. Iar dacă toate costurile, inclusiv cele tranzacționale, nu pot fi adunate, atunci nu există lucruri precum „costurile tranzacționale sociale" și ele nu pot fi comparate în cazurile 1 sau 2 sau, firește, în orice altă situație.[25]

O altă problemă legată de abordarea Coase-Demsetz e că, pretinzând că e neutră valoric, ei importă în realitate norma etică a „eficienței" și afirmă că drepturile de proprietate trebuie atribuite pe baza unei asemenea eficiențe. Dar chiar dacă ar avea sens conceptul de eficiență socială, ei nu răspund întrebărilor de ce eficiența ar trebui să fie considerația supremă în stabilirea principiilor juridice sau de ce externalitățile ar trebui să fie internalizate dincolo de orice

---

24 Acum e ilegal să negociezi o cale de ieșire dintr-un ordin de interdicție prin negocieri cu partea vătămată [aici și în alte părți s-a folosit termenul „vătămat" în sens strict juridic, dar în alte locuri a fost folosit și în sens mai larg de „păgubit", „prejudiciat", „rănit", „îmbolnăvit" – n.tr.]. În acest caz, firește, costul de internalizare Coase-Demsetz se prăbușește complet. Dar chiar și cu negocierea permisă probabil se va prăbuși. Mai mult, pot exista fermieri atât de atașați de livada lor încât niciun preț nu i-ar compensa, caz în care ordinul de interdicție ar fi absolut și nicio o negociere Coase-Demsetz nu l-ar îndepărta. Despre permiterea negocierii pentru ridicarea ordinelor de interdicție, vezi Barton H. Thompson, Jr., „Injunction Negotiations: An Economic, Moral and Legal Analysis" *Stanford Law Review* 27 (July 1975): 1563–95.

25 Despre inadecvarea conceptului de scop social și a aplicării sale aici, vezi Mario J. Rizzo, „Uncertainty, Subjectivity, and the Economic Analysis of Law" și Murray N. Rothbard, „Comment: The Myth of Efficiency" în *Time, Uncertainty, and Disequilibrium: Exploration of Austrian Themes*, Mario Rizzo, ed. (Lexington, Mass.: Lexington Books, 1979), pp.71–95; inclus în acest volum la capitolul 13. Vezi și John B. Egger, „Comment: Efficiency is not a Substitute for Ethics" în ibid., pp. 117–25.

considerație. Am ieșit acum din *Wertfreiheit* și suntem înapoi la întrebările etice neexaminate.[26, 27]

O altă încercare a economiștilor Școlii de la Chicago de a recomanda politici publice sub deghizarea *Wertfreiheit* este afirmația că în timp judecătorii dreptului jurisprudențial vor ajunge întotdeauna la o alocare eficientă social a drepturilor de proprietate și obligațiilor civile. Demsetz pune accent pe drepturile care vor minimiza costurile tranzacționale; Richard Posner pune accent pe maximizarea „averii sociale”. Toate acestea adaugă un determinism istoric nejustificat, funcționând ca un fel de mână invizibilă care ghidează judecătorii pe calea curentă a Școlii de la Chicago, către celelalte erori examinate mai sus.[28]

Dacă legea este o colecție de principii normative, rezultă că legea pozitivă sau tradițională care a emers nu poate fi doar consemnată și urmată orbește. Orice astfel de lege trebuie să fie subiectul unei critici minuțioase întemeiată pe astfel de principii. Apoi, dacă există discrepanțe între legea actuală și principiile drepte, cum există aproape întotdeauna, trebuie făcuți pași pentru a face legea conformă cu principiile juridice corecte.

Invazia fizică

Principiul normativ pe care-l sugerez pentru lege e pur și simplu acesta: nicio acțiune nu trebuie considerată ilicită sau ilegală dacă nu invadează sau agresează împotriva persoanei sau proprietății altcuiva. Numai acțiunile invazive trebuie declarate ilegale și combătute cu puterea deplină a legii. Invazia trebuie să fie concretă și fizică. Există grade de seriozitate ale unei asemenea invazii și, ca atare, grade adecvate diferite de restituție sau pedeapsă. „Furtul”, simpla invazie a proprietății cu scopul furtului e mai puțin serios decât „jaful”, unde e probabil să fie folosită forța armată împotriva victimei. Aici, totuși, nu

26 Eficiența socială e un concept fără sens deoarece eficiența este despre cât de bine folosește cineva mijloacele pentru a atinge anumite scopuri. Dar când avem mai mult de un individ, cine decide scopurile pentru care folosim mijloacele? Scopurile diferiților indivizi sunt în conflict, făcând absurd orice concept compus sau ponderat de eficiență socială. Pentru mai multe despre aceasta vezi Rothbard, „Myth of Efficiency”

27 Charles Fried a subliniat că eficiența este, vrând-nevrând, un criteriu moral, deși neexaminat, greșit și incoerent. Fried, „The Law of Change” p. 341.

28 Conceptul de avere socială suferă de aceleași defecte ca și Coase-Demsetz și de alte probleme proprii. Pentru o critică devastatoare a lui Posner, vezi Ronald M. Dworkin, „Is Wealth a Value?” și Richard A. Epstein, „The Static Conception of the Common Law” în *Journal of Legal Studies* (March 1980): 191–226, 253–76. Vezi și Anthony J. Kronman, „Wealth Maximization as a Normative Principle”; Mario J. Rizzo, „Law Amid Flux: The Economics of Negligence and Strict Liability in Tort”; Fried, „The Law of Change”; și Gerald P. O’Driscoll, Jr., „Justice, Efficiency, and the Economic Analysis of Law: A Comment on Fried” în ibid.: 227–42, 291–318, 335–54, 355–66.

ne interesează problemele gradului de invazie sau pedeapsă, ci doar invazia *per se*.

Dacă niciun om nu trebuie să invadeze proprietatea „dreaptă” a altuia, care trebuie să fie pentru noi principiul dreptății?[29] Nu avem spațiu aici pentru o elaborare a unei teorii a dreptății bazată pe titlurile de proprietate. E suficient să spunem că axioma fundamentală a teoriei politice libertariene susține că orice om este proprietar asupra sa, având o jurisdicție absolută asupra corpului său. Aceasta înseamnă că nimeni altcineva nu poate invada în mod drept sau agresa o altă persoană. Decurge atunci că fiecare persoană poate deține orice resursă nedeținută anterior pe care el și-o apropriază sau „își mixează munca cu” ea. Din aceste axiome gemene – cea a proprietății de sine și cea a aproprierii – provine justificarea pentru întregul sistem al titlurilor drepturilor de proprietate în societatea economiei de piață. Acest sistem stabilește dreptul fiecărui om la persoana sa, la donație, la a lăsa moștenire (și concomitent dreptul de a primi moștenire) și dreptul la schimbul contractual al titlurilor de proprietate.[30]

Teoria politică și cea juridică au creat multe neînțelegeri nereușind să formuleze invazia fizică ca singura acțiune umană care ar trebui să fie ilegală și care justifică folosirea violenței fizice pentru a o combate. Conceptul vag de „lezare” este substituit pentru cel precis de violență fizică.[31] Să considerăm următoarele două exemple. Jim o curtează pe Susan și e tocmai pe punctul de a-i câștiga mâna pentru căsătorie, când deodată apare Bob pe scenă și i-o câștigă. Cu siguranță Bob l-a „lezat” foarte mult pe Jim. Odată ce este adoptat un sens de invazie

29 Calificarea proprietății ca „dreaptă” trebuie făcută. Să presupunem, de exemplu, că A fură ceasul lui B și câteva luni mai târziu, B îl reține pe A și îi ia ceasul înapoi. Dacă A ajunge să-l acuze pe B de furtul ceasului „său”, ar fi o apărare imperioasă din partea lui B că ceasul nu e realmente și pe drept al lui A deoarece anterior l-a furat de la B.

30 Pentru mai multe despre această viziune libertariană sau „neo-lockeană”, vezi Murray N. Rothbard, „Justice and Property Rights” în *Property in a Humane Economy*, Samuel Blumenfeld, ed. (LaSalle, Ill.: Open Court, 1974), pp. 101–22. Într-un sens, Percy B. Lehning are dreptate când comentează că mai degrabă decât să fie două axiome, principiul aproprierii rezultă din axioma unică a proprietății de sine. Lehning, „Property Rights, Justice and the Welfare State” *Acta Politica* 15 (Rotterdam, 1980): 323, 352.

31 Astfel, John Stuart Mill pledează pentru o libertate completă a acțiunii individuale „fără impedimentul semenilor noștri, atâta timp cât nu-i afectează”. Mill, „On Liberty” în *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government* (New York: E.P. Dutton, 1944), p. 175. Hayek, după ce definește corect libertatea ca absență a coerciției, din nefericire nu definește coerciția ca invazie fizică și prin aceasta permite și justifică un domeniu larg de interferență guvernamentală în titlurile de proprietate. Vezi Murray N. Rothbard, „F.A. Hayek and the Concept of Coercion” *Ordo* 31 (Stuttgart 1980): 43–50.

non-fizică, aproape orice act ilegal poate fi justificat. Ar trebui Jim să „dispună” de însăși existența lui Bob?[32]

Asemănător, A este un vânzător de succes de lame de ras. Dar deodată apare B care vinde lame mai bune, cu teflon, pentru a preveni tăieturile. Valoarea proprietății lui A este grav afectată. Ar trebui să primească pagube de la B sau, și mai bine, să-i interzică lui B vânzarea de lame mai bune? Răspunsul corect nu e doar că ar fi afectați consumatorii dacă ar fi forțați să cumpere lame inferioare, deși cu siguranță se întâmplă și acest lucru. Mai degrabă, nimeni nu are dreptul să prevină juridic sau să acționeze împotriva „lezării” proprietății sale dacă nu avem un act de invazie fizică. Oricine are dreptul la inviolabilitatea integrității fizice a proprietății sale; însă nimeni nu are dreptul să protejeze valoarea proprietății sale, deoarece acea valoare doar reflectă ceea ce oamenii sunt dispuși să plătească pentru ea. Această disponibilitate depinde de cum decid *ei* să-și folosească banii. Nimeni nu poate avea un drept la banii altcuiva decât dacă cealaltă persoană a agreat în prealabil să îi transfere.

În legea delictelor (*law of torts*), a „leza” e tratat în general ca invazie fizică a persoanei și proprietății. Incriminarea defăimării (calomnie și bârfă) a fost întotdeauna o anomalie flagrantă în dreptul civil. Cuvintele și opiniile nu sunt invazii fizice. Analog pierderii valorii proprietății datorită unui produs mai bun sau a unei schimbări în cererea consumatorilor, nimeni nu are un drept de proprietate la „reputația” sa. Reputația depinde doar de opiniile subiective ale altor minți și ele au un drept absolut la opiniile lor, oricare ar fi acestea. Ca atare, incriminarea defăimării este o invazie a dreptului defăimătorului la libertatea de exprimare, care e un subgrup al dreptului de proprietate asupra persoanei sale.[33]

Un atac și mai larg la libertatea de exprimare este delictul modern inspirat de Warren-Brandeis – al invaziei pretinsului drept la

---

32 Robert Nozick pare să justifice incriminarea tuturor schimburilor voluntare pe care el le numește „neproductive”, pe care le definește în esență ca acelea în care A ar fi într-o situație mai bună dacă B n-ar exista. Pentru o critică a lui Nozick în acest punct, vezi Murray N. Rothbard, „Robert Nozick and the Immaculate Conception of the State”, *Journal of Libertarian Studies* (Winter, 1977): 52ff.

33 Ca atare putem lăuda poziția „absolutistă” a D-lui Judecător Black, care cere eliminarea legii defăimării. Diferența e că Black are o poziție absolutistă pe Primul Amendament deoarece e parte din Constituție, în timp ce noi o susținem pentru că Primul amendament incorporează o parte fundamentală din crezul libertarian. Despre slăbirea semnificativă a legii defăimării în ultimele două decenii, vezi Richard A. Epstein, Charles O. Gregory și Harry Kalven, Jr., *Cases and Materials on Torts*, 3rd ed. (Boston: Little, Brown, 1977), pp. 977–1129 (citată în Epstein, Cases on Torts).

„intimitate”, care incriminează libera exprimare și actele care folosesc proprietatea care nu sunt nici măcar false sau „maliţioase”.[34]

În legea delictelor, „lezarea” e tratată în general ca invazie fizică a persoanei și proprietății și necesită de obicei despăgubiri pentru „lezarea” emoțională dacă și numai dacă lezarea e o consecință a invaziei fizice. Astfel, în interiorul legii standard a *încălcării teritoriului* – invazia unei persoane sau a unei proprietăți – „lovirea” este invazia actuală asupra corpului altcuiva în timp ca „asaltul” este crearea de către o persoană în alta a senzației de frică sau de aprehensiune produse de lovire.[35]

Pentru a fi un asalt și astfel subiectul acţiunii legale, dreptul civil cere în mod înțelept ca amenințarea să fie apropiată și iminentă. Simplele insulte și cuvinte violente, amenințări viitoare vagi sau simpla posesie a unei arme nu constituie un asalt;[36] trebuie să existe și o acțiune vădită pentru a da naștere la neliniștea privind o lovire fizică iminentă.[37] Sau, formulat altfel, trebuie să existe o amenințare concretă cu lovirea iminentă înainte ca eventuala victimă să poată folosi legitim forța și violența pentru a se apăra.

Invazia fizică sau molestarea nu au nevoie să fie *de natură să afecteze* sau să provoace pagube severe pentru a constitui un delict. Curţile au

---

34 N-ar trebui să existe o afirmare a dreptului la intimitate care să nu fie subsumată protecției drepturilor de proprietate împotriva ruperii unui contract. Despre intimitate, vezi ibid., pp. 1131–90.

35 „Aprehensiunea” datorată unei loviri iminente e un termen mult mai potrivit decât „frica” deoarece accentuează conștiința unei loviri pe punctul de a se petrece și a unei acțiuni a agresorului care cauzează conștiința mai degrabă decât starea psihologică subiectivă a victimei. Astfel, Dean Prosser: „Aprehensiunea nu e același lucru ca frica și reclamantul nu e privat de acțiunea sa pentru că e prea curajos pentru a fi înfricoșat sau intimidat”. William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1971), p. 39.

36 E regretabil că, începând din 1930, curțile au cedat creării unui tip nou de delict, „provocarea intenționată de perturbări mentale printr-un comportament extrem și revoltător”. E clar că libertatea de exprimare și a persoanei ar trebui să permită insulta verbală, oricât de revoltătoare ar fi; în plus, nu există un criteriu concludent pentru a demarca abuzul doar verbal de cel „revoltător”. Afirmația judecătorului Magruder e foarte pertinentă: „Împotriva unei părți mari a fricțiunilor și iritărilor și a ciocnirii temperamentelor în viața comunității, o anumită întărire a carapacei mentale e o protecție mai bună decât ar putea fi vreodată legea”. Magruder, „Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts” *Harvard Law Review* 40 (1936): 1033, 1035; citat în Prosser, *Law of Torts*, p. 51. Vezi și ibid., pp. 49–62; Epstein, Cases on Torts, pp. 933–52.În general trebuie să privim cu suspiciune crearea de noi delicte care nu sunt doar aplicarea principiilor vechi la tehnologii noi. Nu există nimic nou sau modern despre abuzul verbal. Se pare că atât provocarea lezării, cât și noul delict al invaziei intimității fac parte din tendința de secol douăzeci de a dilua drepturile celui ce se apără în favoarea răsfățului excesiv al reclamantului – o discriminare care a avut sistematic loc mai degrabă în procedurile civile decât în cele penale. Vezi Epstein, „Static Conception of the Common Law” pp.253–75. Vezi și mai jos.

37 Prosser, *Law of Torts*, pp. 39–40.

stabilit corect că acte precum a scuipa pe cineva în față sau a-i lua pălăria sunt loviri. Cuvintele judecătorului Holt din 1704 par să se aplice și azi: „Cea mai mică atingere mânioasă a cuiva este atac”. În timp ce paguba actuală poate să nu fie substanțială, într-un sens profund putem conchide că victima persoanei a fost molestată, *s-a intervenit* prin agresiune fizică împotriva ei și de aceea aceste acțiuni aparent minore au devenit rele juridice.[38]

Inițierea unui act vădit: răspunderea strictă

Dacă numai invazia fizică a persoanei și proprietății constituie un act ilicit sau un delict, atunci devine important să demarcăm *când* o persoană poate acționa ca și cum o asemenea invazie fizică este pe punctul de a se întâmpla. Teoria juridică libertariană susține că A nu poate folosi forța împotriva lui B decât pentru auto-apărare, adică, dacă B inițiază forța împotriva lui A. Dar când e forța lui A împotriva lui B auto-apărare legitimă și când e ilegitimă și o agresiune împotriva lui B? Pentru a răspunde acestei întrebări, trebuie să considerăm ce tip de teorie a obligațiilor suntem pregătiți să adoptăm.

Să presupunem, de exemplu, că Smith îl vede pe Jones privind încruntat spre el de pe partea cealaltă a străzii iar Smith are o frică anormală atunci când e privit încruntat. Convins că Jones e pe cale să-l împuște, el scoate o armă și-l împușcă pe Jones, fiind sigur că e auto-apărare. Jones formulează o acuzație de asalt și atac împotriva lui Smith. A fost Smith un agresor și e, de aceea, responsabil juridic? O teorie a răspunderii – teoria ortodoxă a „omului rezonabil” sau „comportamentului rezonabil” sau „neglijenței” – spune că da, deoarece privirea încruntată n-ar trezi neliniștea unui atac iminent într-un „om rezonabil”. O teorie concurentă, susținută odată și acum reînviată – cea a „răspunderii stricte” sau a „răspunderii cauzale stricte” – este de acord pentru că ar trebui să fie clar pentru judecător sau pentru juriu că Jones *nu* a fost un agresor iminent. Și aceasta ține indiferent de cât de sincer a fost Smith în teama sa de atac.

Cele două erori serioase din teoria „omului rezonabil” sunt că definiția lui „rezonabil” este vagă și subiectivă și că agresorii vinovați scapă nepedepsiți în timp ce victimele lor rămân necompensate. În acest caz particular s-a întâmplat ca teoriile să coincidă, dar în multe alte cazuri nu se întâmplă așa. Să luăm, de exemplu, cazul *Courvoisier*

38 Ca atare, înțelepciunea deciziei curții în *South Brilliant Coal Co.v. Williams*: „Dacă Gibbs i-a tras un șut reclamantului, nu se poate spune din punct de vedere juridic că n-am avut un prejudiciu fizic asupra lui. Într-un sens juridic, a fost un prejudiciu fizic, deși e posibil să nu fi cauzat suferință fizică și deși senzația rezultată din aceasta e posibil să nu fi durat decât un moment”. *South Brilliant Coal Co. v. Williams*, 206 Ala. 637, 638 (1921). În Prosser, *Law of Torts*, p. 36. Vezi și Epstein, *Cases on Torts*, pp. 903ff.

vs. Raymond (1896).[39] În acest caz, acuzatul, un proprietar de magazin, era amenințat de o mulțime revoltată. Când un om care se întâmpla să fie un polițist fără uniformă a mers către acuzat, încercând să-l ajute, acuzatul, confundându-l cu un protestatar, l-a împușcat pe polițist. Trebuie incriminat proprietarul de magazin?

Tribunalul a decis cazul corect – pe baza obligației stricte – și juriul a decis în favoarea polițistului. Este clar că acuzatul a comis un atac prin împușcarea reclamantului. În teoria obligației stricte, întrebarea este legată de cauzare: cine a inițiat delictul sau infracțiunea? O apărare decisivă a acțiunii acuzatului ar fi fost dacă reclamantul ar fi comis *de fapt* un asalt, amenințând cu inițierea iminentă a unui atac împotriva lui. Tradițional, întrebarea a devenit una factuală, care trebuie decisă de juraţi. A amenințat omul fără uniformă cu un atac împotriva proprietarului de magazin? Juriul a decis în favoarea polițistului.[40] Totuși, curtea de apel a inversat decizia tribunalului. Pentru curte, proprietarul de magazin a acționat ca un „om rezonabil” când a conchis incorect că omul fără uniformă era pe cale să-l împuște.

Când este un act considerat un atac? Privirea încruntată nu se califică. Dar dacă Jones a scos o armă și a îndreptat-o în direcția lui Smith deși încă nu a tras, aceasta este clar o amenințare cu agresiunea iminentă și ar trebui contrată potrivit de Smith, plumbuindu-ul pe Jones în legitimă apărare (În acest caz, viziunea noastră și cea a teoriei „omului rezonabil” ar coincide iarăși). Criteriul corect pentru a determina dacă a fost atins punctul de atac este acesta: A inițiat Jones un „act vădit” de atac amenințător? Așa cum a subliniat Randy Barnett:

> Într-un caz incert, singura folosire justificabilă a forței e cea pentru a contra un act vădit care e ceva mai mult decât o simplă pregătire, depărtată de timpul și locul infracțiunii intenționate. Trebuie să fie mai mult decât „riscant”; trebuie să fie făcut cu intenția specifică de a comite o infracțiune și să tindă direct, într-un grad substanțial, către realizarea ei.[41] Principii similare țin în cazurile prezenților inocenți. Jones îl

39 *Courvoisier v. Raymond*, 23 Colo. 113, 47 Pac. 284 (1896) și discuția lui Epstein în *Cases on Torts*, pp. 21–23; și în Richard A. Epstein, „A Theory of Strict Liability” *Journal of Legal Studies* 2 (January 1973): 173.

40 Așa cum o formulează Epstein,

> Sub o teorie a obligației stricte, formularea *prima facie* a cazului este vădită: acuzatul a împușcat reclamantul. Singura întrebare dificilă privește existența unei apărări care susține că reclamantul l-a atacat pe acuzat. Această întrebare este o chestiune de fapt și juriul a găsit că reclamantul nu l-a înfricoșat pe acuzat în așa fel încât să-l împuște. (Ibid.)

> atacă pe Smith; Smith, în legitimă apărare, trage. Împușcătura o ia razna și-l lovește accidental pe Brown, un inocent prezent la fața locului. Trebuie incriminat Smith? Din nefericire, tribunalele, ancorate în tradiționalul „om rezonabil" sau în doctrina „neglijenței", au susținut că Smith nu e incriminabil dacă doar a încercat rezonabil să se apere legitim împotriva lui Jones.[42] Însă în teoria libertariană și a obligației stricte, Smith l-a agresat pe Brown, chiar dacă neintenționat, și trebuie să plătească pentru acest delict. Astfel, Brown are o acțiune juridică potrivită împotriva lui Smith. Întrucât Jones a exercitat coerciție sau l-a atacat pe Smith, Smith are, și el, o acțiune corectă și independentă împotriva lui Jones, pentru asalt sau atac. Probabil, răspunderea sau pedeapsa împotriva lui Jones va fi considerabil mai severă decât împotriva lui Smith.

Una din erorile mari din abordarea ortodoxă a neglijenței a fost concentrarea pe dreptul la legitimă apărare al victimei (a lui Smith) în contrarea unui atac sau pe greșeala sa de bună-credință. Dar doctrina ortodoxă neglijează din nefericire cealaltă victimă – omul care trece încruntat pe partea cealaltă a străzii, omul fără uniformă care încearcă să salveze pe cineva, inocentul prezent. Dreptul la auto-apărare al *reclamantului* este grav neglijat. Punctul important asupra căruia trebuie să fim atenți în toate aceste cazuri este: ar fi avut reclamantul dreptul să contreze acuzatul în propria sa apărare? ar fi avut omul încruntat, cel fără uniformă sau inocentul prezent, dacă ar fi putut-o face la timp, dreptul să împuște în legitimă apărare acuzații care au greșit? Cu siguranță, indiferent de teoria răspunderii la care aderăm, răspunsul trebuie să fie „da"; ca atare, premiul trebuie să meargă la teoria obligației stricte care se concentrează pe dreptul oricui la auto-apărare și nu doar pentru cutare acuzat. Este clar că întrucât acești reclamanți au dreptul să contreze acuzatul în auto-apărare, atunci acuzatul trebuie să fi fost agresorul, indiferent de cât de sincere sau „rezonabile" au fost acțiunile sale.

Din diverse discuții lămuritoare ale profesorului Epstein, pare evident că există trei teorii opuse ale obligației civile inter-relaționate în structura noastră juridică. Cea mai veche, cea a obligației cauzale stricte, proporționează blamul și povara pe baza cauzei identificabile. Cine a împușcat pe cine? Cine a atacat pe cine? Numai apărarea

---

41 Randy E. Barnett „Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice" în *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, R. Barnett and J. Hagel, ed. (Cambridge, Mass.: Ballinger, 1977), p. 377. Barnett a subliniat între timp că articolul său era în eroare prin menționarea „intenției specifice de a comite o infracțiune"; accentul important e pe acțiunea care constituie o infracțiune sau un delict mai degrabă decât pe intenția implicată.

42 Vezi Morris v. Platt, 32 Conn. 75 (1864) și discuția lui Epstein din *Cases on Torts*, pp. 22–23.

persoanei și proprietății este o apărare legitimă împotriva unei acuzații de folosire a forței. Această doctrină a fost înlocuită în secolul nouăsprezece de teoria neglijenței sau a „omului rezonabil”, care a scăpat mulți acuzați vinovați dacă acțiunile lor erau judecate ca rezonabile sau nu conțineau o măsură nepotrivită de neglijență. În practică, teoria neglijenței înclină balanța excesiv în favoarea acuzatului și împotriva reclamantului. Prin contrast, teoria modernă care s-a conturat din ce în ce mai mult în secolul douăzeci, dornică să ajute reclamantul (în special dacă este sărac), caută căi împotriva acuzatului chiar dacă nu poate fi dovedită cauza strictă a invaziei fizice. Dacă cea mai veche teorie este numită a „obligației cauzale stricte”, cea modernă poate fi numită a „răspunderii prezumptive”, deoarece prezumpția pare să fie împotriva acuzatului, cu încălcarea flagrantă a prezumpției de nevinovăție a acuzatului din *dreptul penal* anglo-saxon.[43]

Extinzând discuția noastră a infracțiunilor împotriva persoanei la infracțiuni împotriva proprietății, putem aplica aceeași concluzie: oricine are dreptul să-și apere proprietatea sa împotriva unui act vădit inițiat împotriva sa. El nu trebuie să folosească forța împotriva unui pretins agresor – un intrus pe pământul sau asupra posesiunilor sale – până ce ultimul nu inițiază forța printr-un act deschis.

Cât de multă forță trebuie să folosească o victimă pentru a-și apăra persoana sau proprietatea împotriva invaziei? Aici trebuie să respingem doctrina juridică prezentă ca fiind fără speranță de nepotrivită: poate folosi numai forța „rezonabilă” care în majoritatea cazurilor a redus practic la zero dreptul victimei de a se apăra.[44] În legea prezentă, unei victime îi este permis să folosească forța maximă sau „mortală” (a) în casa sa și apoi numai dacă e sub un atac direct asupra persoanei sau (b) dacă nu e nicio cale să se retragă când e personal sub atac. Toate acestea sunt un non-sens periculos. *Orice* atac asupra persoanei se poate transforma într-unul criminal; victima nu are nicio cale să știe dacă agresorul se va opri sau nu înainte de a-i provoca o vătămare gravă. Victima trebuie să fie îndreptățită să acționeze cu asumpția că *orice* atac este implicit unul mortal și, prin urmare, poate folosi forța mortală ca răspuns.

---

43 Despre relația între dreptul civil și cel penal, vezi aici secțiunea numită „Convertirea infracțiunilor în delicte”

44 În timp ce legea modernă discriminează împotriva acuzatului în cazurile economice, discriminează puternic împotriva victimei în folosirea forței personale pentru auto-apărare. Cu alte cuvinte, statului îi e permis să folosească forța excesivă prin tribunale în cazurile economice (unde corporațiile sau cei bogați sunt acuzați) iar victimelor individuale abia dacă le este permis să folosească forța.

În legea curentă, victima este într-o situație și mai rea când vine vorba de apărarea integrității pământului său sau a proprietății sale mobile. Nu îi este permis să folosească forța mortală în apărarea casei sale și cu atât mai puțin a pământului sau altor proprietăți. Raționamentul pare să fie că, întrucât victimei nu îi este permis să ucidă un hoț care-i fură ceasul, n-ar trebui să-i fie permis să împuște hoțul în timp ce fură ceasul sau în urmărirea lui. Dar pedeapsa și apărarea persoanei sau proprietății nu sunt același lucru și trebuie tratate diferit. Pedeapsa e un act de retribuție după ce infracțiunea a fost comisă și infractorul prins, dus la proces și condamnat. Apărarea în timp ce infracțiunea este comisă, sau până ce proprietatea este înapoiată și infractorul prins, e o poveste foarte diferită.

Victima trebuie să fie îndreptățită la folosirea oricărei forțe, inclusiv a celei mortale, pentru a-și apăra sau recupera proprietatea atâta timp cât infracțiunea este *în procesul de comitere* – adică, până ce infractorul este prins și judecat în acord cu procesul juridic. Cu alte cuvinte, trebuie să poată împușca jefuitori.[45]

Povara adecvată a riscului

Conchidem atunci că nimeni nu poate folosi forța pentru a se apăra pe sine sau proprietatea sa până la inițierea unui act vădit de agresiune împotriva sa. Dar nu impune această doctrină un risc disproporționat asupra tuturor?

Replica de bază e că viața e întotdeauna riscantă și nesigură și că nu există nicio cale de a scăpa de acest fapt primordial. Orice schimbare a poverii riscului de pe o persoană nu face decât să o pună pe altcineva. Astfel, dacă doctrina noastră face mai riscant să aștepți până cineva începe să te agreseze, de asemenea face viața *mai puțin* riscantă deoarece ca non-agresor ești mai asigurat că nicio pretinsă victimă interesată nu se va năpusti asupra ta într-o presupusă „auto-apărare”. Nu există nici o cale prin care legea să reducă riscul general; atunci devine important să folosești alte principii care să stabilească limitele acțiunii permisibile și prin aceasta să aloce povara riscului. Axioma libertariană că toate acțiunile sunt permise cu excepția acțiunilor vădite de agresiune oferă o asemenea bază principială pentru alocarea riscului.

---

45 Pentru starea prezentă a doctrinei juridice, vezi Prosser, *Law of Torts*, pp.108–25, 134ff. Așa cum indică Epstein, fundamentarea limitelor corecte ale auto-apărării pe pedeapsa permisibilă ar implica în jurisdicțiile care au abolit pedeapsa capitală că nimeni nu poate folosi forța mortală chiar și împotriva unui atac mortal. Până acum tribunalele n-au vrut să îmbrățișeze acest *reductio ad absurdum* al propriei lor poziții. Epstein, *Cases on Torts*, p. 30.

Există motive mai adânci pentru care riscurile generale nu pot fi reduse sau minimizate prin acțiune juridică deschisă. Riscul e un concept subiectiv, specific fiecărui individ; de aceea, nu poate fi plasat într-o formă cantitativ măsurabilă. Prin urmare, niciun grad cantitativ de risc al unei persoane nu poate fi comparat cu al alteia și nu poate fi obținută o măsură generală a riscului social. Conceptul cantitativ referitor la riscul social general e la fel de complet de lipsit de sens precum conceptul de „costuri sociale” sau beneficii sociale al economistului.

Într-o lume libertariană, atunci, oricine va asuma „povara adecvată a riscului”[46] plasată asupra sa ca ființă umană liberă, responsabilă de sine. Acesta ar fi riscul implicit pentru fiecare persoană și proprietate. Firește, indivizii își pot pune împreună riscurile, ca în diverse forme de asigurare, prin care riscurile sunt împărtășite iar beneficiile plătite perdanților din grup. Sau speculatorii pot asuma voluntar riscuri ale schimbărilor viitoare de preț care sunt evitate de alții prin operațiunile de acoperire (*hedging*) de pe piață. Sau cineva poate asuma riscul altuia pentru plată, ca în cazul garanției de bună execuție sau al altor tipuri de obligațiuni. Ceea ce nu e permisibil este ca un grup să se adune și să decidă că un alt grup trebuie să-și asume riscurile lui. Dacă un grup, de exemplu, forțează un alt doilea grup să-i garanteze veniturile, riscurile sunt crescute exagerat pentru ultimul în detrimentul drepturilor lor individuale. Pe termen lung, firește, întregul sistem s-ar putea prăbuși, pentru că al doilea grup poate oferi garanții numai din propria sa producție și din propriile venituri, care vor scădea pe măsură ce povara parazitismului social se extinde și distruge societatea.

Sarcina adecvată a probei

Dacă sarcina adecvată a riscului fiecărui om e să se abțină de la coerciție cât timp n-a fost inițiat un act vădit împotriva persoanei și proprietății sale,[47] atunci care e sarcina adecvată a probei împotriva unui acuzat?

---

46 Acesta este același concept, dar cu un nume diferit, pentru expresia inedită a lui Williamson Evers „asumpția potrivită a riscului”. Expresia curentă evită confuzia cu conceptul de „asumare a riscului” din dreptul civil, care se referă la riscul asumat voluntar de reclamant și care, așadar, neagă încercările sale de acțiune împotriva unui acuzat. „Povara potrivită a riscului” este legată de conceptul juridic, dar care se referă la riscul care *ar trebui* asumat de fiecare persoană în acord cu natura umană și a unei societăți libere mai degrabă decât cu riscul care a fost asumat voluntar de către un reclamant. Vezi Rothbard, „Nozick and the Immaculate Conception of the State” pp. 49–50.

47 Sau un act explicit împotriva oricărui altcuiva. Dacă e legitim pentru o persoană să se apere pe sine sau proprietatea sa, atunci este la fel de legitim pentru ea să cheme alte persoane sau agenții s-o ajute în această apărare sau să plătească pentru serviciul de apărare.

În primul rând, trebuie să existe *anumite* standarde raționale ale probării pentru ca principiile libertariene să opereze. Să presupunem că axioma fundamentală a libertarianismului – nicio inițiere a forței împotriva persoanei sau proprietății – e respectată în toate procedurile juridice. Dar să presupunem că singurul criteriu al probării e că toate persoanele sub doi metri înălțime sunt considerate vinovate în timp ce toate persoanele peste doi metri sunt considerate inocente. E clar că aceste standarde procedurale ale probării vor încălca direct și flagrant principiile libertariene. Așa ar fi și criteriile de probațiune în care evenimente irelevante sau întâmplătoare ar decide cazul, cum ar fi judecata medievală prin cazne sau cea prin cititul în frunze de ceai sau în hărțile astrologice.

Din punct de vedere libertarian, atunci, procedura adecvată cere o probare rațională a vinei sau inocenței persoanelor acuzate de infracțiune sau delict. Dovada trebuie să fie probatorie în demonstrarea unui lanț cauzal strict al actelor de invazie asupra persoanei sau proprietății. Probatoriul trebuie să fie construit pentru a demonstra că agresorul A a inițiat în fapt un act fizic deschis de invadare a persoanei și proprietății victimei B.[48]

Cine, atunci, ar trebui să aibă sarcina probei într-un caz particular? Și ce criteriu sau standard al probării ar trebui să fie satisfăcut?

Principiul libertarian fundamental este că oricui ar trebui să-i fie permis orice dacă nu comite un act vădit de agresiune împotriva altcuiva. Dar situațiile în care e neclar dacă o persoană comite sau nu o agresiune? În aceste cazuri, singura procedură consonantă cu principiile libertariene e să nu faci nimic; să te asiguri că agenția juridică nu folosește coerciția asupra unui om inocent.[49] Dacă suntem nesiguri, e mult mai bine să lăsăm să aibă loc un act agresiv decât să impunem coerciția și, ca atare, să comitem noi înșine o agresiune.[50]

---

48 Thayer, în tratatul său clasic despre probațiune, scrie: „Există un principiu ... o presupoziție implicată în însăși concepția unui sistem rațional de probațiune care interzice acceptarea a orice este irelevant, care nu constituie o dovadă logică". James Thayer, *Preliminary Treatise on Evidence* (1898), pp. 264ff., citat în McCormick *Handbook of the Law of Evidence*, E.W. Cleary, ed., 2nd ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing, 1972), p. 433.

49 Benjamin R. Tucker, marele gânditor individualist-anarhist de la sfârșitul secolului al nouăsprezecelea, scrie: „Niciun uz al forței, cu excepția celui împotriva invadatorului; și în acele cazuri unde e dificil să spui dacă pretinsul infractor e sau nu un invadator, iarăși niciun uz al forței, cu excepția cazului când necesitatea soluției imediate e atât de imperativă încât trebuie să o folosim pentru a ne salva pe noi înșine". Benjamin R. Tucker, *Instead of a Book* (New York: B.R. Tucker, 1893), p. 98. Vezi și ibid., pp. 74–75.

50 Cleary a formulat bine ideea, dar, din nefericire, o aplică doar la cazurile penale:

> Societatea a judecat că e semnificativ mai rău ca un inocent să fie găsit vinovat de o infracțiune decât să scape un om vinovat. ... Prin urmare, așa cum e formulat de Curtea Supremă în recunoașterea inevitabilității erorii în cazurile penale ... această marjă a erorii e redusă pentru el

Un deziderat fundamental al jurământului hipocratic, „cel puțin nu fă rău!”, ar trebui să se aplice și agenților legale sau juridice.

Prezumpția fiecărui caz, atunci, trebuie să fie că orice acuzat este inocent până e dovedit vinovat și sarcina probei trebuie să cadă direct asupra reclamantului.[51]

Dacă trebuie să insistăm întotdeauna pe *laissez-faire*, atunci decurge că nu trebuie permis ca un standard slab de dovedire precum „preponderența probelor” să servească drept demonstrație a vinovăției. Dacă reclamantul aduce dovezi care sunt considerate într-un sens că atârnă mai mult de 51% pentru învinovățirea acuzatului, aceasta nu înseamnă mult mai mult decât folosirea hazardului ca justificare pentru aplicarea forței de către tribunal împotriva acuzatului. Prezumpția nevinovăției, atunci, trebuie să impună un standard mult mai strict al probării.

> În prezent, „preponderența probelor” e folosită pentru a decide cazurile civile, în timp ce un standard mult mai strict e folosit pentru cazurile penale, întrucât pedepsele sunt mai mari. Însă, pentru libertarieni, testul vinei nu trebuie legat de gradul de pedeapsă; indiferent de pedeapsă, vina implică o coerciție de un fel oarecare aplicată împotriva acuzatului condamnat. Acuzații merită la fel de multă protecție în delictele civile ca și în cazurile penale.[52]

Câțiva judecători, pe bună dreptate șocați de opinia dominantă că doar 51% din dovezi pot servi pentru condamnare, au schimbat criteriul pentru a se asigura că oricine judecă respectivul caz – judecătorul sau jurații – sunt *convinși* de vină prin preponderența probelor. Un criteriu mai satisfăcător, totuși, e că persoana responsabilă de proces trebuie să fie convinsă de vina acuzatului printr-o „probă clară, puternică și convingătoare”.[53] Din fericire, acest test a fost folosit din ce în ce mai mult în cazurile civile din anii recenți. Și mai bune au fost formulările mai puternice, dar, în general,

---

> [acuzatul] prin procesul de a plasa asupra celeilalte părți sarcina ... de a convinge descoperitorul faptelor la concluzia procesului de vina sa dincolo de o îndoială rezonabilă. Procedând așa, tribunalele au ... scopul valoros de a scădea numărul unui tip de greșeli – condamnarea inocentului. (McCormick *Handbook of Evidence*, pp. 798–99)

51 Sarcina probei cade pe reclamant și în dreptul contemporan. Cleary scrie: „Sarcina apărării și a probării cu privire la majoritatea faptelor au fost și trebuie să fie asignate reclamantului care, în general, caută să schimbe starea prezentă de lucruri și care, așadar, ar trebui să aștepte în mod natural să poarte riscul nereușitei probării sau a persuasiunii”. Ibid., p. 786. Cleary vorbește și de „tendința naturală de a plasa sarcinile asupra părții care dorește schimbarea”. Ibid., pp. 788–89.

52 Vezi secțiunea de aici numită „Convertirea infracțiunilor în delicte”.

53 Vezi McCormick *Handbook of Evidence*, pp. 794ff.

respinse, ale unor judecători privind dovezile „clare, pozitive și neechivoce” și afirmația unui judecător că expresia înseamnă că reclamantul „trebuie ... să te satisfacă cu un anumit grad de certitudine morală”.[54]

Dar cel mai bun standard al dovedirii vinovăției este cel folosit în mod obișnuit în cazurile penale: dovada trebuie să fie „dincolo de îndoială rezonabilă”. Evident, *unele* îndoieli vor persista întotdeauna în evaluarea acțiunilor oamenilor în așa fel încât un standard ca „dincolo de cea mai mică urmă de îndoială” ar fi complet nerealist. Dar îndoiala trebuie să rămână suficient de mică astfel încât orice „om rezonabil” să fie convins de vinovăția acuzatului. Condamnarea vinovăției „dincolo de orice îndoială rezonabilă” pare să fie standardul cel mai consonant cu principiul libertarian.

Excepționalul avocat constituționalist libertarian de secol nouăsprezece, Lysander Spooner, a fost un susținător înfocat al standardului „dincolo de orice îndoială rezonabilă” pentru orice formă de vinovăție:

> viețile, libertățile și proprietățile oamenilor sunt prea valoroase pentru ei și prezumpțiile naturale sunt prea puternice în favoarea lor pentru a justifica distrugerea lor de către semeni doar prin înclinarea probabilităților sau *a oricărui alt tip de temei, altul decât certitudinea dincolo de o îndoială rezonabilă*. [italicele lui Spooner][55]

În timp ce criteriul îndoielii rezonabile n-a fost folosit în general în cazurile civile, există câteva precedente pentru această propunere aparent temerară și șocantă. Astfel, cu privire la pretenția unui dar oferit prin viu grai într-un caz de autentificare, tribunalul a decis că pretinsul dar „trebuie probat printr-o mărturie puternică, clară și concluzivă care să convingă tribunalul dincolo de îndoiala rezonabilă de veridicitatea lui”. Și într-o plângere privind revizuirea unui contract scris, tribunalul a decis că greșeala trebuie să fie „stabilită printr-o dovadă atât de puternică și de concluzivă încât să o plaseze dincolo de îndoiala rezonabilă”.[56]

---

54 Ibid., p. 796. Aici trebuie să lăudăm judecătorii disprețuiți din procesul *Molyneux v. Twin Falls Canal* Co., 54 Idaho 619, 35 P. 2d 651, 94 A.L.R. 1264 (1934) și Williams v. Blue *Ridge Building & Loan Assn.*, 207 N.C. 362, 177 S.E. 176 (1934).

55 C. Shiveley, ed., *The Collected Works of Lysander Spooner* (Weston, Mass.: M. and S. Press, 1971), vol. 2, pp. 208–09. Trebuie subliniat că nici Spooner nu a făcut nicio distincție între cazurile civile și cele penale în această privință. Sunt îndatorat lui Williamson Evers pentru această referință.

56 *St. Louis Union Co. v. Busch*, 36 Mo. 1237, 145 S.W. 2d426, 430 (1940); *Ward v. Lyman*, 108 Vt 464, 188 A. 892, 893 (1937). *McCormick's Handbook of Evidence*, pp. 797, 802.

Cauzalitatea strictă

Atunci, ceea ce trebuie să dovedească reclamantul dincolo de o îndoială rezonabilă, este o legătură cauzală strictă între acuzat și agresiunea lui împotriva reclamantului. El trebuie să dovedească, pe scurt, că A a „cauzat” în mod real o invazie a persoanei sau proprietății lui B. Într-o analiză sclipitoare a cauzalității în drept, profesorul Epstein a demonstrat că teoria sa a obligației civile stricte este strâns legată de părerea de bun simț despre ideea de „cauză”. Afirmația cauzală într-o viziune a obligației stricte din drept ia forma „A îl lovește pe B”, „A îl amenință pe B” sau „A îl constrânge pe B să-l lovească pe C”. Teoria ortodoxă a delictului, în schimb, prin accentuarea obligației pentru „neglijență” mai degrabă decât pentru acțiunea de agresiune directă se încurcă în teorii ale „cauzei” foarte îndepărtate de cea bun simț de tipul „A îl lovește pe B”. Teoria neglijenței postulează o noțiune vagă, „filosofică” a „cauzei în fapt” care blamează aproape pe toată lumea și pe nimeni pentru orice act trecut, prezent și viitor și restrânge astfel cauza într-un mod vag și nesatisfăcător la „cauza proximă” în cazul specific. Rezultatul, așa cum subliniază tranșant Epstein, este că viciază cu totul conceptul de cauză și dă libertatea tribunalelor să decidă arbitrar cazurile și în acord cu viziunea lor despre politica socială.[57]

Pentru a stabili vinovăția și răspunderea, cauzalitatea strictă a agresiunii care duce la vătămare trebuie să satisfacă testul rigid al dovedirii dincolo de orice îndoială rezonabilă. Sentimentul, conjectura, plauzibilitatea sau chiar probabilitatea nu sunt suficiente. În anii recenți, a fost folosită de obicei corelația statistică, însă aceasta nu stabilește cauzarea, mai cu seamă pentru o probare legală riguroasă a vinovăției sau daunei. Astfel, dacă ratele cancerului de plămâni sunt mai mari printre fumători decât printre nefumători, aceasta nu stabilește prin sine dovada cauzării. Simplul fapt că mulți fumători nu fac niciodată cancer la plămâni și că mulți bolnavi de cancer de plămâni n-au fumat niciodată indică existența altor variabile complexe. Așa că, în timp ce corelația este sugestivă, cu greu este aceasta suficientă pentru a stabili o dovadă medicală sau științifică; *a fortiori*, cu atât mai puțin poate să stabilească vreun fel

57 Potrivit lui Epstein: „De îndată ce s-a decis că termenul cauzare nu are un conținut tare, tribunalele sunt libere să decidă plângeri particulare în acord cu principiile ‘politicii sociale’ sub deghizarea doctrinei cauzei proxime”. Epstein, „A Theory of Strict Liability,” p. 163. Asemenea concepte nebuloase și nefuncționale precum „factorul substanțial” într-un prejudiciu sau cel „rațional anticipabil” au fost de puțin ajutor în ghidarea deciziilor privind „cauza proximă”. Pentru o critică excelentă a testelor de tip „dacă nu ar fi fost” pentru stabilirea „cauzei în fapt” din teoria neglijenței, ca și a încercării de tip Chicago-Posner de a elimina conceptul de cauză din dreptul civil, vezi ibid., pp. 160–62, 163–66.

de vinovăție juridică (dacă, de exemplu, o soție care dezvoltă cancer la plămâni își poate acuza soțul pentru că a fumat și astfel i-a provocat cancer la plămâni).[58]

Milton Katz a subliniat într-un caz în care reclamantul avea o plângere legată de un prejudiciu legat de poluare:

> Să presupunem că reclamantul ar pretinde pagube serioase: pentru emfizem, poate, sau pentru cancer de plămâni, bronșită sau vreo altă afectare serioasă a plămânilor săi. El se va confrunta cu problema dovedirii cauzalității ... Diagnosticele medicale par să fi stabilit că dioxidul de sulf și alți poluanți ai aerului adesea au un rol semnificativ în etiologia emfizemului și a altor forme de vătămare ale plămânilor. Însă ele nu sunt deloc singurii factori cauzali posibili. Emfizemul și cancerul de plămâni sunt boli complexe care-și au originea într-o varietate de cauze, de exemplu, în fumatul țigaretelor, pentru a da doar un exemplu familiar. Dacă și când reclamantul va reuși să lege poluarea aerului din casa de comportamentul acuzaților, tot nu ar rezulta că poluarea i-a provocat boala. Reclamantul va avea de îndeplinit și sarcina separată de a demonstra etiologia pagubelor aduse plămânilor săi ... .[59]

Astfel, trebuie să existe o legătură cauzală strictă între un agresor și o victimă iar această legătură trebuie demonstrată dincolo de o îndoială rezonabilă. Trebuie să fie cauzalitate în accepțiunea de bun simț a conceptului probei stricte că „A îl lovește pe B”, nu doar probabilitate sau corelație statistică.

Răspunderea exclusivă a agresorului

Sub teoria răspunderii stricte s-ar putea asuma că dacă „A îl lovește pe B”, atunci A este agresorul și de aceea A și numai A este obligat

58 Dacă un fumător cronic face cancer la plămâni și depune o plângere împotriva unei companii de țigarete, apar și mai multe probleme. Nu în ultimul rând, fumătorul și-a asumat voluntar riscul, în așa fel încât cu greu această situație poate fi numită o agresiune sau un delict. Așa cum scrie Epstein, „Presupunem că reclamantul a fumat mai multe tipuri de țigarete în timpul vieții sale? Sau a trăit întotdeauna într-un oraș cu smog? Și dacă reclamantul depășește dificultățile cauzale, o va face și cu apărarea care insistă pe asumarea riscului?” Epstein, *Cases on Torts*, p. 257. Vezi și Richard A. Wegman, „Cigarettes and Health: A Legal Analysis” *Cornell Law Quarterly* 51 (Summer, 1966): 696–724.Un caz deosebit de interesant de delict legat de cancer, instructiv pe chestiunea cauzalității stricte, este *Kramer Service Inc. v. Wilkins* 184 Miss. 483,186 So. 625 (1939), în Epstein, *Cases on Torts*, p. 256. Tribunalul a rezumat statutul adecvat al dovezilor cauzale medicale în *Daly v. Bergstedt* (1964), 267 Minn. 244, 126 N. W. 2d 242. În Epstein, *Cases on Torts*, p. 257. Vezi și discuția excelentă a lui Epstein, ibid., of *DeVere v. Parten* (1946), în care reclamanta a fost oprită corect din încercarea absurdă de a pretinde că acuzatul era responsabil de boala contractată de ea.

59 Milton Katz, „The Function of Tort Liability in Technology Assessment” *Cincinnati Law Review* 38 (Fall, 1969): 620.

față de B. Și totuși, a apărut și triumfat doctrina juridică, aprobată și de profesorul Epstein, în care uneori C, inocent și non-agresor, e *și* el obligat să răspundă. Aceasta este teoria notorie a „răspunderii indirecte”. Răspunderea indirectă a apărut în dreptul medieval, când un stăpân era responsabil de delictele comise de servitori, șerbi, sclavi și soție. Odată cu dezvoltarea individualismului și a capitalismului, dreptul comun s-a schimbat și răspunderea indirectă a dispărut în secolele șaisprezece și șaptesprezece, când s-a conchis pertinent că „stăpânul nu trebuie obligat să răspundă pentru delictele servitorului decât dacă a comandat el actul particular”.[60]

Începând din secolele optsprezece și nouăsprezece, totuși, răspunderea indirectă a stăpânilor sau angajatorilor s-a întors răzbunătoare. Atâta timp cât delictul e comis de angajat în cursul desfășurării afacerii angajatorului, fie și doar parțial, atunci și angajatorul are o răspundere. Singura excepție e când subordonatul își face „o toană a sa”, fără legătură cu afacerea angajatorului.

Prosser scrie:

> Faptul că actul servitorului e interzis expres de stăpân sau e făcut într-un mod care a fost interzis, este ... de obicei, neconcluziv și nu împiedică în sine un act de a fi în sfera angajării [și ca atare ca făcând stăpânul răspunzător]. Un stăpân nu poate scăpa de răspundere doar pentru că-i ordonă servitorului să acționeze atent ... Astfel, instrucțiunile date unui vânzător să nu încarce niciodată arma atunci când o expune nu va elimina răspunderea când vânzătorul face acest lucru, pentru a vinde arma ... [S]tăpânul nu poate scăpa de responsabilitate indiferent cât de specifice, detaliate și apăsate au fost ordinele sale în sens contrar. Acest lucru a fost clar încă de la importantele cazuri engleze (*Limpus v. London General Omnibus Co.*, [1862] 1H. & C. 526, 158 Eng. Rep. 993) în care o companie de autobuze a fost considerată responsabilă în ciuda ordinelor clare față de șofer să nu obstrucționeze celelalte vehicule.[61]

Și mai relevant, stăpânul e acum considerat responsabil chiar și pentru delictele intenționate comise de un servitor fără consimțământul stăpânului:

> În general, stăpânul e tras la răspundere pentru orice delict intenționat comis de servitor al cărui scop, indiferent cât de eronat, este de a avansa în întregime sau parțial afacerea stăpânului.

60 Prosser, *Law of Torts*, p. 458.
61 Ibid., p. 461.

> Astfel, el va fi considerat responsabil când șoferul său bagă un autobuz concurent într-o groapă sau atacă un intrus pentru a-l da jos din autobuz sau când un vânzător face afirmații frauduloase despre produsele vândute.[62]

Prosser are dreptate să fie disprețuitor cu raționamentele forțate prin care tribunalele au încercat să justifice concepte juridice care se opun libertarianismului, individualismului și capitalismului și par potrivite numai pentru o societate precapitalistă.

> O multitudine de raționamente foarte ingenioase au fost oferite pentru răspunderea indirectă a stăpânului: el are un control mai mult sau mai puțin „imaginar” asupra comportamentului servitorului; el a „pus întreaga treabă în mișcare” și, ca atare, este responsabil pentru ceea ce s-a întâmplat; el a ales servitorul și a avut încredere în el și așa că trebuie să sufere pentru greșelile sale mai degrabă decât un străin inocent care nu are oportunitatea să se protejeze; e o concesie însemnată că unui om îi este permis să-l angajeze pe altul și ar trebui să existe o responsabilitate corespunzătoare ca preț plătit pentru aceasta ... Majoritatea tribunalelor au depus puțin efort (sau deloc) să explice rezultatul și s-au refugiat mai degrabă în fraze goale precum ... „respondeat superior”, formula repetată la nesfârșit care în sine nu înseamnă nimic mai mult decât „caută la omul aflat mai sus”.[63]

De fapt, așa cum indică Prosser, singura justificare reală pentru răspunderea indirectă este că angajatorii au mai mulți bani decât angajații, așa că devine mai comod (dacă nu ești angajator) să pui obligația pe clasa bogaților. În remarca cinică a lui Thomas Baty: „Adevăratul motivul pentru răspunderea angajatorului este că despăgubirile sunt luate dintr-un buzunar mai adânc”.[64]

Prin opoziție, avem și critica lucidă a judecătorului Holmes: „Presupun că e de bun simț să nu pui un om să plătească pentru greșeala altuia, dacă el nu a contribuit la greșeală ... De aceea, presupun că bunul simț se opune teoriei fundamentale a reprezentării”.[65]

Ne-am aștepta ca, într-o teorie cauzală a răspunderii stricte, răspunderea indirectă să fie abandonată fără menajamente. De aceea, este surprinzător să vedem că profesorul Epstein încalcă spiritul propriei sale teorii. El pare să aibă două apărări pentru doctrina

---

62 Ibid., p. 464.
63 Ibid., p. 459.
64 Ibid.
65 În articolele sale despre „Reprezentare” [*Agency* – n.tr.] din *Harvard Law Review*, 1891. Vezi Epstein, *Cases on Torts*, p. 705.

respondeat superior și pentru cea a răspunderii indirecte. Una este argumentul curios că „așa cum angajatorul obține și beneficiază de câștigurile din activitățile muncitorului său, tot așa trebuie să i se ceară să poarte responsabilitatea pentru pierderile din aceste activități”.[66] Această afirmație nu reușește să aprecieze natura schimbului voluntar, unde atât angajatorul, cât și angajatul beneficiază de contractul salarial. În plus, angajatorul suportă „pierderile” în eventualitatea că producția sa (și, ca atare, resursele sale) a fost direcționată greșit. Sau să presupunem că un angajator face o greșeală și angajează o persoană incompetentă căruia îi plătește 10.000 $. Angajatorul poate concedia acest muncitor, dar el și numai el suportă paguba de 10.000 $. Astfel, pare să nu existe niciun motiv legitim pentru a forța angajatorul să suporte costuri *adiționale* pentru comportamentul greșit al angajatului său.

Al doilea argument al lui Epstein e conținut în propoziția: „corporația X m-a afectat pentru că servitorul ei a făcut-o în timpul serviciului său”. Aici Epstein comite eroarea realismului conceptual, întrucât presupune că o „corporație” există de fapt și că aceasta a comis un act de agresiune. În realitate, o „corporație” nu acționează; numai indivizii acționează și ei și numai ei trebuie să fie responsabili pentru acțiunile lor. Epstein poate ironiza poziția lui Holmes ca fiind bazată pe „premisa de secol nouăsprezece că doar comportamentul individual este baza responsabilității individuale”, dar Holmes are totuși dreptate.[67]

O teorie a proprietății legitime: aproprierea

Există două principii fundamentale pe care se bazează teoria libertariană a proprietății legitime: (a) Oricine are dreptul de proprietate absolută asupra corpului său; și (b) oricine are un drept de proprietate absolut asupra unor resurse naturale ne-deținute anterior (pământ) pe care le ocupă primul și le folosește (în expresia lockeană, „amestecându-și munca sa cu pământul”).

Principiul „primul proprietar la prima utilizare” pentru resursele naturale mai este și numit „principiul aproprierii”. Dacă fiecare om este proprietar pe pământul cu care „își amestecă munca sa”, atunci este proprietar și pe produsul acestui amestec și are dreptul să schimbe titluri de proprietate cu alți producători asemănători. Aceasta stabilește dreptul contractării libere în sensul de transfer al titlurilor de proprietate. De asemenea, stabilește dreptul de a renunța la aceste titluri, ca în cazul darului sau al moștenirii.

66 Ibid., p. 707.
67 Ibid., p. 705.

Majoritatea dintre noi se gândește la principiul aproprierii resurselor nefolosite în sensul vechi de a curăța o bucată de pământ nefolosită și de a cultiva solul. Există totuși forme mai moderne și mai sofisticate de apropriere care ar trebui să stabilească dreptul de proprietate. Să presupunem, de exemplu, că un aeroport are mult pământ gol în jurul lui. Aeroportul are un nivel de zgomot, să spunem, de X decibeli, undele sonore călătorind peste pământul gol. Un dezvoltator imobiliar cumpără apoi terenul de lângă aeroport. Puțin timp mai târziu proprietarii caselor acuză aeroportul de zgomotul excesiv care interferează cu traiul liniștit din casele lor.

Zgomotul excesiv poate fi considerat o formă de agresiune, dar în acest caz aeroportul și-a apropiat deja zgomotul de X decibeli. Prin îndreptățirea sa anterioară, aeroportul „deține acum dreptul" să emită X decibeli de zgomot în zona înconjurătoare. În termeni juridici, putem spune că aeroportul, prin apropriere, și-a creat *dreptul de servitute* de a crea X decibeli de zgomot. Această servitute apropriată este un exemplu al vechiului concept juridic de „prescripție" în care o anumită activitate dă un drept de proprietate prescriptiv persoanei care se angajează în acțiune.

Pe de altă parte, dacă aeroportul începe să *crească* nivelurile de zgomot, atunci proprietarii caselor pot interzice sau acuza aeroportul de agresiune prin zgomot pentru decibelii suplimentari, care nu au fost apropriați. Firește, dacă un aeroport nou se construiește și începe să trimită zgomot de X decibeli peste casele din împrejurimi, aeroportul devine complet răspunzător juridic pentru invazia prin zgomot.

Ar trebui să fie clar că aceeași teorie se aplică poluării aerului. Dacă A produce poluare în aerul lui B iar acest lucru e dovedit dincolo de o îndoială rezonabilă, atunci aceasta este o agresiune și trebuie interzisă iar pagubele plătite în acord cu răspunderea strictă, dacă A nu cumva a fost acolo primul și polua deja aerul înainte de dezvoltarea proprietății lui B. De exemplu, dacă o fabrică deținută de A a poluat originar o proprietate nefolosită până la gradul de poluare X, atunci se poate spune că A *și-a apropiat poluarea de servitute* de un anumit grad și tip.

Dată fiind o servitute prescriptivă, tribunalele au procedat în general bine în deciderea limitelor ei. În *Kerlin* v. *Southern Telephone and Telegraph Co.* (1941), o utilitate publică și-a menținut o servitute prin prescriere în amplasarea stâlpilor și a firelor peste pământul cuiva (numit „teren de servitute" în lege). Utilitatea dorea să adauge două fire adiționale iar proprietarul terenului de servitute se opunea dreptului de a face acest lucru. Tribunalul a decis corect că utilitatea

are dreptul pentru că nu existau schimbări propuse în „limitele exterioare ale spațiului utilizat de proprietarul servituții”. Pe de altă parte, un caz englez timpuriu a decis că servitutea pentru căruțe n-a putut fi utilizată mai târziu în scopul trecerii vitelor.[68]

Din nefericire, tribunalele n-au onorat conceptul aproprierii într-o servitute legată de zgomot sau poluare. Cazul clasic este *Sturgis* v. *Bridgman* (1879) din Anglia. Reclamantul, un medic, a cumpărat pământul în 1865; pe proprietatea alăturată, acuzatul, un farmacist, folosea un mojar cu pistil care cauza vibrații pe proprietatea medicului. N-a existat nicio problemă până când medicul a construit un cabinet de consultații 10 ani mai târziu. Atunci a depus o plângere prin care să interzică activitatea farmacistului, pretinzând că munca sa constituie o tulburare. Acuzatul a argumentat corect că vibrațiile existau dinainte de construcția cabinetului de consultații, că ele nu constituie o tulburare și că, de aceea, are dreptul prescriptiv de a continua afacerea. Totuși, îndreptățirea acuzatului a fost negată.

Prin urmare, avem nedreptăți precum schimbările coercitive în caracterul unei afaceri și refuzul de a oferi o prescripție pentru prim uz. Astfel, Prosser observă cum „caracterul unui district se poate schimba cu trecerea timpului și industria instalată într-un teren deschis poate deveni o tulburare sau i se poate cere să-și modifice activitățile când apar rezidenți în jurul ei. Nu va dobândi niciun drept prescriptiv”.[69] O lege dreaptă ar spune ultimilor rezidenți sosiți că știau în ce intră și că *ei* trebuie să se adapteze ambianței industriale mai degrabă decât invers.

În unele cazuri, totuși, tribunalele au susținut sau cel puțin au considerat că reclamantul, „venind spre tulburare”, a ales voluntar să intre într-o situație pre-existentă și că, așadar, acuzatul e nevinovat. Prosser afirmă că „în absența dreptului prescriptiv acuzatul nu poate condamna împrejurimile să îndure tulburarea”, însă miza noastră aici e că apropriatorul servituții de zgomot sau poluare și-a câștigat, firește, dreptul în cazurile celor „veniți spre tulburare”.[70]

Opinia dominantă din tribunale, ca în cazul *Ensign* v. *Walls* (1948), ignoră sau minimizează „venitul spre tulburare” și expediază ideea de servitute apropriată. Dar opinia minoritară a sprijinit-o puternic, cum a fost în cazul din New York *Bove* v. *Donner-Hanna Coke Co.* (1932).

---

68 K*erlin v. Southern Telephone & Telegraph Co.* (Ga.), 191 Ga. 663, 13 S.E. 2d 790 (1941); *Ballard v. Dyson* (1808) 1 Taunt. 279, 127 Eng. Rep. 841. In William E. Burby, *Handbook of the Law of Real Property*, 3rd ed. (St.Paul, Minn.: West Publishing, 1965), pp. 84–85.

69 Prosser, *Law of Torts*, pp. 600-1. Vezi și Burby, *Law of Real Property*, p. 78. *Sturges v. Bridgman* (1879), 11 Ch., Div. 852.

70 Prosser, *Law of Torts*, p. 611.

Reclamantul s-a mutat într-o regiune industrială, unde acuzatul opera o cocserie chiar pe partea opusă a străzii. Când reclamantul a încercat să interzică complet cocseria, tribunalul a respins plângerea cu aceste cuvinte exemplare:

> Cu tot praful, smogul și gazul care vin în mod necesar din furnalele fabricilor, trenurilor și bărcilor și cu deplina cunoaștere că această regiune a fost adaptată special pentru scopuri industriale mai degrabă decât rezidențiale și că fabricile vor crește în viitor, reclamanta a selectat această localitate ca loc pentru viitoare sa casă. Ea s-a mutat voluntar în acest district, complet conștientă de faptul că atmosfera va fi constant contaminată de praf, gaz și mirosuri; și de cel că n-ar putea spera să găsească în această localitate aerul pur al unei zone strict rezidențiale. Ea a văzut evident anumite avantaje în a trăi în acest centru congestionat. Acesta nu e cazul unei industrii care cu zgomotul și praful său invadează un district rezidențial liniștit. Acesta este exact opusul. Aici o rezidență este construită într-o zonă adaptată natural pentru scopuri industriale și dedicată deja acelui uz. Reclamanta cu greu se poate plânge la această dată târzie că pacea și confortul ei au fost perturbate de o situație care exista, într-un anume grad cel puțin, în însuși momentul în care și-a cumpărat proprietatea.[71]

Tulburările, vizibile și invizibile

O invazie a pământului cuiva poate fi considerată o *încălcare* sau o *tulburare* și există o confuzie considerabilă privind granițele fiecăreia. Pentru scopurile noastre, distincția clasică dintre cele două e importantă. Încălcarea apare când „există o intrare fizică, o interferență directă cu posesia pământului, care de obicei trebuie realizată de o masă tangibilă”.[72] Pe de altă parte, „contactul prin particule mici sau intangibile precum praful industrial, noxele de fum sau razele luminoase au fost considerate în general insuficiente pentru a constitui o intrare intruzivă pe temeiul că nu există interferență cu posesia sau că intrarea nu e directă sau că invazia a

---

71 B*ove v. Donner-Hanna Coke Corp.*, 236 App. Div. 37, 258 N. Y.S. 229 (1932), citat în Epstein, *Cases on Torts*, p. 535. Contrar lui Epstein, totuși, venirea-spre-tulburare nu e pur și simplu doar o asumare a riscului din partea reclamantului. E o apărare mai puternică deoarece se bazează pe asignarea efectivă a drepturilor de proprietate în activitatea de creare a „tulburării”, care este de aceea absolută, supremă și de necombătut. Cf. Richard A. Epstein, „Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability” *Journal of Legal Studies* 3 (1974): 197–201.

72 „Note: Deposit of Gaseous and Invisible Solid Industrial Wastes Held to Constitute Trespass” *Columbia Law Review* 60 (1960): 879.

eșuat în a se califica drept intrare datorită naturii ei imponderabile sau intangibile”.[73]

Aceste invazii intangibile se califică drept tulburări private și pot fi judecate ca atare. O tulburare poate fi, așa cum subliniază Prosser:

> o interferență cu condiția fizică a pământului, ca vibrațiile sau explozia care aduc daune unei case, distrugerea recoltei, inundațiile, ridicarea pânzei freatice, poluarea unui râu sau a unei surse subterane de apă. Poate consta într-o perturbare a confortului sau comodității ocupantului prin mirosuri neplăcute, fum sau praf sau gaz, zgomote puternice, lumină excesivă sau temperatură înaltă sau chiar apeluri telefonice repetate.[74]

Prosser rezumă diferența dintre încălcare și tulburare:

> Încălcarea este o invazie a interesului reclamantului în posesia exclusivă a pământului său, în timp ce tulburarea este o interferență cu folosirea și beneficierea de el. Diferența e ca între ... doborârea unui copac pe granița sa și a-l ține treaz noaptea cu zgomotul unui laminor.[75]

Dar ce înseamnă exact diferența dintre „posesie exclusivă” și „interferență cu uzul”? În plus, diferența practică între o acțiune delictuală de încălcare și cea de tulburare e că o încălcare este ilegală *per se*, în timp ce o tulburare, pentru a fi acționabilă, trebuie să *aducă daune* victimei dincolo de simplul fapt al invaziei înseși. Care este justificarea pentru a trata atât de diferit o încălcare și o tulburare? Și nu este vechea distincție între invazia tangibilă și cea invizibilă cu adevărat depășită, așa cum afirmă Prosser, „în lumina testelor științifice moderne”?[76] Sau cum formulează o notă din *Columbia Law Review*:

> Tribunalul federal ... a sugerat că istoric reținerea tribunalelor în a găsi intruzivă invazia prin gaze și particule mici a rezultat din cerința ca, pentru a găsi o intruziune, o curte să poată vedea o intruziune fizică prin materie tangibilă; apoi a descoperit că această dificultate nu mai există deoarece tribunalele de astăzi se bazează pe metode de detecție științifice, care fac măsurători cantitative precise

---

73 Ibid., pp. 879–80. Vezi și Glen Edward Clover, „Torts: Trespass, Nuisance and E=mc2” *Oklahoma Law Review* 11 (1966): 118ff.

74 Prosser, *Law of Torts*, pp. 591–92.

75 Ibid., p. 595. O tulburare emană în general de pe pământul lui A pe cel al lui B; pe scurt, vine din afara pământului lui B. Încercarea lui Prosser de a respinge această idee (câinele acuzatului urlând sub fereastra reclamantului sau vitele acuzatului intrând în câmpurile altora) pierde miza discuției. Câinele intruziv și vitele se plimbă pe pământului lui A și, întrucât sunt domesticite, faptele lor sunt în responsabilitatea proprietarilor lor. Despre animale, vezi ibid., pp. 496–503.

76 Ibid., p. 66.

> ale gazelor și solidelor mici pentru a determina existența intrării fizice a materiei tangibile.[77]

Totuși, distincția intre vizibil și invizibil nu e eliminată complet prin metodele moderne de detecție științifică. Să luăm două situații opuse. Prima, o încălcare directă: A intră cu mașina pe gazonul lui B și pune un obiect greu pe terenul lui B. De ce este aceasta o invazie și ilegală *per se*? Parțial pentru că, în termenii unui vechi caz englez, „legea inferează un prejudiciu; în lipsă de altceva, călcarea ierbii sau vegetației”.[78] Dar nu este doar călcarea; o invazie tangibilă a proprietății lui B interferează cu folosirea sa exclusivă a proprietății, chiar dacă a fost vorba doar de un metru pătrat (sau un metru cubic). Dacă A se plimbă sau pune un obiect pe pământul lui B, atunci B nu poate folosi spațiul ocupat de A sau de obiectul său. O invazie printr-o masă tangibilă este *per se* o interferență cu proprietatea altcuiva și, prin urmare, este ilegală.

Prin contrast, să considerăm cazul undelor radio, care constă într-o traversare a granițelor altora invizibilă și nedetectabilă în vreun fel de proprietar. Toți suntem bombardați de unde radio care traversează proprietățile noastre fără cunoașterea sau consimțământul nostru. Sunt ele invazive și, prin urmare, ar trebui să fie declarat ilegale, acum că avem dispozitive științifice pentru a detecta asemenea unde? Trebuie, atunci, să scoatem în afara legii orice transmisie radio? Și dacă nu, de ce?

Motivul pentru un răspuns negativ e că aceste traversări de granițe nu interferează cu posesia exclusivă, folosirea sau beneficierea cuiva de proprietatea sa. Ele sunt invizibile, nu pot fi detectate de simțurile omului și nu dăunează. Prin urmare, ele nu sunt cu adevărat invazii ale proprietății pentru că trebuie să rafinăm conceptul nostru de invazie astfel încât să însemne nu doar trecerea granițelor, ci și trecere care într-un fel anume interferează cu uzul sau beneficiul proprietarului din această proprietate. Ceea ce contează e dacă se interferează cu simțurile proprietarului.

Dar dacă presupunem că se descoperă mai târziu că undele radio sunt dăunătoare, că pot cauza cancer sau vreo altă boală? Atunci ele *ar* interfera cu uzul proprietății asupra persoanei și ar trebui să fie ilegale și interzise, cu condiția, firește, ca proba agresiunii și a legăturii cauzale între anumiți invadatori și anumite victime să fie stabilită dincolo de o îndoială rezonabilă.

---

77 „Note, Deposit of Wastes” pp. 880–81. Vezi și Clover, „Torts: Trespass, Nuisance and $E=mc^2$” p. 119.

78 Prosser, *Law of Torts*, p. 66.

Așadar vedem că distincția adecvată dintre încălcare și tulburare, dintre răspunderea strictă *per se* și răspunderea strictă numai cu dovada pagubei nu se bazează cu adevărat pe „posesia exclusivă” în opoziție cu „uzul și beneficiul”. Distincția corectă e între invazia vizibilă și tangibilă sau „simțibilă”, care interferează cu posesia și folosirea proprietății și invazia invizibilă, traversarea „nesimțibilă” a granițelor care nu interferează și, ca atare, trebuie incriminată numai cu dovada pagubei.

Aceeași doctrină se aplică și radiației de niveluri scăzute, emanată de aproape oricine și de orice obiect din lume și, ca atare, receptată de oricine. Incriminarea sau interzicerea radiației de niveluri joase, așa cum susțin unii fanatici ecologiști, ar însemna interzicerea întregii rase umane și a lumii din jurul nostru. Radiația joasă, pentru că e nedetectabilă de simțurile omului, nu interferează cu uzul sau cu posesia proprietății nimănui și, prin urmare, poate fi motiv de judecată doar printr-o probare cauzală strictă a deteriorării dincolo de o îndoială rezonabilă.

Teoria servituților apropriate discutate mai devreme nu cere nicio restricție asupra transmisiilor radio sau a radiațiilor joase. În cazul transmisiilor radio, proprietatea lui Smith asupra pământului și a tuturor accesoriilor *nu*-l îndreptățește și la proprietatea asupra tuturor undelor radio care traversează peste și de-a lungul pământul său deoarece Smith nu și-a apropriat, nu a transmis pe frecvențele radio de aici. Ca atare, Jones, care transmite pe o undă de, să spunem, 1200 de kilohertzi, și-a apropriat deținerea acelei unde oricât de departe călătorește ea, chiar dacă va călători de-a lungul proprietății lui Smith. Dacă Smith încearcă să interfereze cu sau să perturbe transmisia lui Jones, atunci e vinovat de încălcarea proprietății legitime a lui Jones.[79]

Activitățile lui Jones trebuie să fie subiectul unui ordin de restricție doar dacă transmisiile radio se dovedesc a fi păgubitoare pentru persoana lui Smith dincolo de o îndoială rezonabilă. Același tip de argument se aplică, desigur, transmisiilor de radiații.

Între încălcarea tangibilă și undele radio sau radiația scăzută există un domeniu al tulburărilor intermediare. Cum ar trebui să fie ele tratate?

---

79 În timpul anilor 1920, tribunalele au elaborat exact un astfel de sistem al drepturilor de proprietate asupra frecvențelor aeriene prin apropriere. Pentru că structura de proprietate privată evolua, Secretarul Comerțului Hoover a susținut Legea Radio din 1927, naționalizând proprietatea undelor aeriene. Vezi Ronald H. Coase „The Federal Communications Commission” *Journal of Law and Economics* 2 (October 1959): 1–40. Pentru un studiu modern al alocării frecvențelor, vezi A. De Vany, et al., *A Property System Approach to the Electromagnetic Spectrum* (San Francisco: Cato Institute, 1980).

Poluarea aerului, constând în mirosuri de noxe, fum sau altă materie vizibilă, constituie definitiv o interferenţă invazivă. Aceste particule pot fi văzute, mirosite sau atinse și de aceea ar trebui să constituie invazie *per se* cu excepţia cazurilor servituţii apropriate de poluare a aerului. (Pagubele care depășesc simpla invazie cer, firește, o răspundere suplimentară). Poluarea aerului cu gaze sau particule care sunt invizibile sau nedetectabile de simţuri nu poate constitui agresiune *per se*, deoarece fiind nedetectate nu interferează cu posesia sau uzul proprietarului. Ele preiau statutul undelor radio sau al radiaţiei scăzute, *dacă nu* se dovedesc dăunătoare și până când această dovadă sau legătură cauzală de la agresor la victimă poate fi stabilită dincolo de o îndoială rezonabilă.[80]

Zgomotul excesiv este cu siguranţă un delict de tulburare; acesta interferează cu capacitatea persoanei de a beneficia de proprietatea sa, inclusiv de sănătatea sa. Totuși, nimeni n-ar susţine că orice om are dreptul să trăiască ca și cum ar fi într-o cameră perfect izolată fonic; numai zgomotul *excesiv*, oricât de vag e conceptul, e acţionabil.

Într-un sens, viaţa însăși apropriază servitutea zgomotului. Orice zonă are anumite zgomote iar oamenii care se mută într-un loc trebuie să anticipeze un nivel rezonabil de zgomot. Așa cum Terry Yamada concede cu regret:

> Un rezident urban trebuie să accepte consecinţele situaţiei unui mediu zgomotos. Tribunalele în general susţin că persoanele care trăiesc sau lucrează în comunităţi dens populate trebuie în mod necesar să suporte deranjul obișnuit și disconfortul acelor ocupaţii și afaceri localizate în cartierul în care trăiesc și lucrează; totuși, acest deranj și disconfort nu trebuie să fie mai mari decât cele considerate rezonabile în comunitate și în acord legal cu tipul ocupaţiei sau afacerii.[81]

Pe scurt, cine vrea o cameră impermeabilă la sunet, trebuie să plătească pentru amenajarea ei.

În prezent, regula generală a tribunalelor civile pentru plângerile legate de aceste tulburări ale liniștii e clară:

---

80 Despre drepturile prescriptive, tangibilitate și conceptul de a „veni spre delict” în legătură cu poluarea aerului, vezi William C. Porter, „The Role of Private Nuisance Law in the Control of Air Pollution” *Arizona Law Review* 10 (1968): 107–19; și Julian C. Juergensmeyer, „Control of Air Pollution Through the Assertion of Private Rights” *Duke Law Journal* (1967):1126–55.

81 Terry James Yamada, „Urban Noise: Abatement, Not Adaptation” *Environmental Law* 6 (Fall, 1975): 64. Din nefericire, ca majoritatea autorilor care scriu pe dreptul mediului, Yamada scrie ca o persoană a care pledează fervent pentru interesele speciale ale reclamanţilor ecologiști mai degrabă decât ca un cercetător în căutarea legii obiective.

> O sursă de zgomot nu e o tulburare *per se*, ci devine astfel numai în anumite condiții. Aceste condiții depind de o considerare a zonei înconjurătoare, momentul din zi sau din noapte când au loc activitățile care produc zgomot și maniera în care este desfășurată activitatea. O tulburare privată se compensează numai când e nerezonabilă sau excesivă și când produce un disconfort fizic factual sau o vătămare a unei persoane de sensibilități obișnuite în așa fel încât interferează cu uzul și beneficierea de proprietate.[82]

Proprietatea asupra unității tehnologice: cazul pământului și cel al aerului

În discuția noastră despre apropriere, n-am accentuat problema mărimii ariei apropriate. Dacă A folosește o anumită cantitate dintr-o resursă, cât de mult din acea resursă intră în proprietatea sa? Răspunsul nostru e că el deține unitatea tehnologică a resursei. Mărimea acelei unități depinde de tipul bunului sau resursei în chestiune și trebuie determinată de judecători, juraţi sau arbitri experţi în cutare resursă sau industrie aflată în discuție. Dacă resursa X e deținută de A, atunci A trebuie să dețină suficient din ea în așa fel încât să includă necesar și accesoriile. De exemplu, în determinarea de către tribunale a proprietății asupra frecvențelor radio din anii 1920, întinderea proprietății a depins de unitatea tehnologică a undei radio – lățimea ei pe spectrul electromagnetic în așa fel încât o altă undă să nu interfereze cu semnalul și cu întinderea lui în spațiu. Proprietatea asupra frecvenței a fost atunci determinată prin lățime, lungime și localizare.

Dobândirea pământurilor americane este o istorie a abordării, adesea fără succes, a problemei mărimii unității de apropriere. Astfel, clauza aproprierii din legea federală a pământului din 1861 stipula o unitate de 160 de acri, a cărei curățare și uz pentru un anumit termen ofereau celui care o apropria calitatea de proprietar. Din nefericire, în câțiva ani, când s-a început aproprierea preriei uscate, 160 de acri era mult prea puțin pentru orice folosire viabilă a pământului (în general pentru creșterea animalelor și păscut). Prin urmare, timp de câteva decenii, foarte puțin pământ vestic a intrat în regim de proprietate privată. Drept rezultat, supra-utilizarea pământului a cauzat distrugerea vegetației vestice și a unei bune părți din suprafața împădurită.

---

82 Ibid., p. 63. Observați, totuși, că în viziunea noastră exigența „rezonabilului” pentru rănirea sau disconfortul factual este corectă pentru zgomot dar nu, să spunem, pentru fumul vizibil sau mirosurile de noxe, decât dacă „disconfortul” e interpretat în sens larg în așa fel încât să includă orice interferență cu uzul.

Ținând cont de importanța analizării unității tehnologice, să examinăm proprietatea asupra spațiului aerian. Poate exista proprietate privată asupra aerului și dacă da, în ce grad?

Principiul dreptului comun e că orice proprietar de pământ deține tot spațiul aerian deasupra sa indefinit în sus până la cer și în jos până la centrul pământului. În maxima faimoasă a lui Lord Coke: *cujus est solum ejus est usque ad coelum*; adică, cel care deține solul, îl deține în sus până la cer și prin analogie în jos până la Hades. Cu toate că aceasta este o regulă mult onorată în timp, a fost, firește, inventată înainte de apariția avioanelor. O aplicare literală a regulii ar scoate în afara legii toată aviația, ca și rachetele și sateliții.[83]

Dar este problema practică a aviației singurul lucru greșit în legătură cu regula *ad coelum*? Folosind principiul aproprierii, regula *ad coelum* n-a avut niciodată sens și de aceea este de mult timpul să ajungă în coșul de gunoi al istoriei juridice. Dacă o persoană apropriază și folosește solul, în ce sens folosește cerul deasupra sa până în rai? Clar nu o face.

Regula *ad coelum* din nefericire persistă în *Reafirmarea delictelor* (1939), adoptată de Legea Uniformă a Statului pentru Aeronautică și intrată în vigoare în 22 de state în timpul anilor 1930 și anilor 1940. Această versiune continuă să recunoască proprietatea nelimitată asupra spațiului de deasupra, dar adaugă un privilegiu public superior de a invada acel spațiu. Aviatorii și proprietarii de sateliți încă suportă sarcina de a dovedi că posedă acest privilegiu mai degrabă vag de a invada proprietatea privată asupra spațiului aerian. Din fericire, Legea Uniformă a fost retrasă de membrii Comisiei privind Legile Uniforme de Stat în 1943 și acum e pe cale să dispară.

O a doua soluție, adoptată de Curtea Federală pentru cel de-al Nouălea Circuit în 1936, a fost să abolească proprietatea asupra spațiului aerian și chiar să permită avioanelor să zboare razant peste terenuri. Numai interferența factuală cu folosința prezentă a pământului ar constitui un delict.[84] Cea mai populară teorie a tulburării pur și simplu scoate în afara legii interferența cu uzul pământului, dar este nesatisfăcătoare pentru că abolește orice discuție despre proprietatea asupra spațiului aerian.

Cea mai bună teorie juridică este „zona”, care afirmă că numai partea de jos a spațiului aerian este în regim de proprietate; această zonă este limita „posesiei efective” a proprietarului. Așa cum o definește

---

83 Vezi discuția despre diverse teorii ale proprietății pământului și aerului în Prosser, *Law of Torts*, pp. 70–73.

84 În *Hinman v. Pacific Air Transport*, 9 Cir. (1936), 84 F.2d 755, cert.denied 300 U.S. 654. In ibid., p. 71.

Prosser, „posesia efectivă” este „atât de mult din spațiul de deasupra sa cât este esențial pentru posesia și folosința completă a pământului”.[85] Înălțimea spațiului aerian în regim de proprietate variază de la caz la caz și, ca atare, potrivit „unității tehnologice”. Astfel, Prosser scrie:

> Aceasta a fost regula aplicată în cazul timpuriu *Smith* v. *New England Aircraft Co.*, unde zborurile la nivelul de o sută de picioare au fost considerate intruziune, deoarece pământul era folosit pentru cultivarea de arbori care atingeau acea înălțime. Alte câteva cazuri au adoptat aceeași viziune. Înălțimea zonei de proprietate trebuie să varieze potrivit datelor fiecărui caz.[86]

Pe de altă parte, teoria tulburării trebuie adăugată zonei stricte de proprietate pentru cazuri unde zgomotul aeronavelor dăunează oamenilor sau activităților din zona învecinată care nu se află direct sub avion. La început, tribunalele federale au decretat că numai zborurile joase, pe deasupra capului, constituie delict împotriva proprietarilor privați de pământuri, dar zgomotul excesiv din cazul *Thornburg* v. *Port* din Portland (1962) a corectat această opinie. Tribunalul a raționat corect în *Thornburg*:

> Dacă acceptăm ... validitatea afirmațiilor că un zgomot poate fi tulburare; că o tulburare poate da naștere la o servitute; și că un zgomot care vine direct în jos de deasupra pământului cuiva devine un prejudiciu dacă e suficient de persistent și de grav, atunci logic același tip și grad de interferență cu folosința și posesia pământului cuiva poate de asemenea să fie un prejudiciu chiar dacă vectorul de zgomot poate veni din altă direcție decât din cea perpendiculară.[87]

În timp ce nu există motive pentru care conceptul de proprietate asupra spațiului aerian să nu poată fi folosit pentru delictele de poluare a aerului, acest lucru rareori a fost făcut. Chiar când *ad coelum* era în plină vogă, a fost folosit împotriva zborurilor pe deasupra, dar nu pentru a combate poluarea aerului, care a fost considerat contradictoriu o resursă comună. Legea tulburării putea fi folosită tradițional împotriva poluării aerului, dar până recent a fost împiedicată de „balansarea echităților”, regulile de neglijență împotriva răspunderii stricte și prin declarația că poluarea

---

85 Ibid., p. 70.

86 Ibid., pp. 70–71. Vezi *Smith v. New England Aircraft Co.*, (1930), 270 Mass. 511,170 N.E. 385. Vezi și Prosser, *Law of Torts*, pp. 514–15.

87 *Thornburg v. Port of Portland* (1962), 233 Ore. 178, 376 P.2d 103. Citat în Clover, „Torts: Trespass, Nuisance and E=mc^2”, p. 121. Opinia precedentă s-a bazat pe *United States v. Causby* (1946). Vezi și Prosser, *Law of Torts*, pp. 72–73.

„rezonabilă” a aerului nu este acționabilă. În cazul clasic *Holman* v. *Athens Empire Laundry Co.* (1919), Curtea Supremă din Georgia a declarat: „Poluarea aerului, atât cât e necesară în chip rezonabil pentru traiul bun și indispensabilă pentru progresul societății, nu e acționabilă”.[88] Din fericire, această atitudine e acum depășită.

Deși poluarea aerului trebuie să fie un delict vizat de răspunderea strictă, trebuie subliniat că afirmații ca „toată lumea are dreptul la un aer curat” sunt lipsite de sens. Există poluanți ai aerului care emerg constant din procesele naturale și aerul cuiva e orice aer se întâmplă să posede la un moment dat. Erupția Muntelui Sf. Elena ar fi trebuit să fi lămurit pe oricine privind procesele omniprezente de poluare naturală. A existat o regulă tradițională și adecvată a tribunalelor dreptului comun conform căreia niciun proprietar de pământ nu este responsabil pentru dauna provocată de forțele naturale care-și au originea pe proprietatea sa. Așa cum scrie Prosser, un proprietar de pământ:

> nu are datoria afirmativă de a remedia condițiile cu origine pur naturală de pe pământul său, deși ele pot fi foarte periculoase sau incomode pentru vecinii săi ... Astfel, s-a susținut că un proprietar de pământ nu e responsabil juridic pentru existența unei mlaștini mirositoare, pentru căderea pietrelor, pentru răspândirea buruienilor sau a ciulinilor care cresc pe pământul său, pentru pagubele făcute de animalele sălbatice sau pentru curgerea normală, naturală, a apei de suprafață.[89]

În rezumat, nimeni nu are un drept la aer curat, dar are dreptul ca aerul său să nu fie invadat de poluanții generați de un agresor.

Poluarea aerului: lege și reglementare

Am stabilit că oricine poate face ce vrea cu condiția să nu inițieze un act deschis de agresiune împotriva persoanei sau proprietății altcuiva. Oricine inițiază o asemenea agresiune trebuie să poarte o răspundere juridică strictă pentru prejudiciile aduse victimei, chiar dacă acțiunea este „rezonabilă” sau accidentală. În final, o astfel de agresiune poate lua forma poluării aerului cuiva, inclusiv a spațiului aerian deținut efectiv, a îmbolnăvirii persoanei sale sau a unei tulburări care interferează cu posesia sau folosința pământului său.

Acesta este cazul, *cu condiția ca*: (a) poluatorul să nu fi stabilit anterior o servitute apropriată; (b) în timp ce poluanții vizibili sau

88 *Holman v. Athens Empire Laundry Co.*, 149 G. 345, 350, 100 S.E. 207, 210 (1919). Citat în Jack L. Landau, „Who Owns the Air? The Emission Offset Concept and Its Implications” *Environmental Law* 9 (1979): 589.

89 Prosser, *Law of Torts*, p. 354.

mirosurile de noxe sunt agresiune *per se*, în cazul poluanților invizibili și nedetectabili, reclamantul trebuie să dovedească dauna factuală; (c) sarcina probării unei asemenea agresiuni îi revine reclamantului; (d) reclamantul trebuie să dovedească o cauzalitate strictă dinspre acțiunile acuzatului către victimizarea reclamantului; (e) reclamantul trebuie să demonstreze o astfel de cauzalitate și agresiune dincolo de o îndoială rezonabilă și (f) nu există răspundere indirectă, ci răspundere numai pentru cei care comit în realitate fapta.

Cu aceste principii în minte, să privim la starea curentă a legii poluării aerului. Schimbarea curentă dinspre neglijență și acțiuni „rezonabile" spre răspunderea strictă nu a satisfăcut deloc pe cei care pledează cronic pentru interesele speciale ale reclamanților ecologiști. Așa cum spune Paul Downing, „În mod curent, o parte care a fost prejudiciată prin poluarea aerului trebuie să dovedească într-un tribunal că emitentul A l-a prejudiciat. El trebuie să stabilească că a fost prejudiciat și că a făcut-o emitentul A și nu emitentul B. Aceasta este aproape întotdeauna o sarcină imposibilă".[90] Dacă e adevărat, trebuie să o acceptăm fără să ne plângem. În cele din urmă, dovada cauzalității este un principiu fundamental al legii civilizate, că să nu mai vorbim de cel al teoriei juridice libertariene.

În mod similar, James Krier concede că și dacă cerința de a dovedi intenția sau comportamentul nerezonabil sau neglijența este înlocuită cu răspunderea strictă, tot avem problema *dovedirii legăturii cauzale* între comportamentul greșit și prejudiciu. Krier se plânge că „tot trebuie stabilită legătura între cauză și efect".[91] El vrea „să facă o realocare sistematică a sarcinii probei", adică să ia povara de pe reclamant, unde ea își are locul în mod clar. Ar trebui acum acuzații să fie vinovați până când își dovedesc inocența?

Prevalența surselor multiple ale poluării este o problemă. Cum putem blama emitentul A dacă există alți emitenți sau dacă există surse naturale de emisie? Indiferent de răspuns, acesta nu trebuie să vină pe seama abandonării standardelor adecvate de probare și să confere privilegii speciale nedrepte reclamanților și poveri speciale acuzaților.[92]

Probleme asemănătoare de probare apar pentru reclamanți în cazurile de radiație nucleară. Așa cum scrie Jeffrey Bodie „În general,

---

90 Paul B. Downing, „An Introduction to the Problem of Air Quality" în *Air Pollution and the Social Sciences*, Downing, ed. (New York: Praeger, 1971), p. 13.

91 James E. Krier, „Air Pollution and Legal Institutions: An Overview" în ibid., *Air Pollution and the Social Sciences*, pp. 107–08.

92 Vezi secțiunea numită „Delicte comune și victime comune" pentru o discuție a făptuitorilor grupați de delicte, a delictelor multiple și a proceselor în acțiune colectivă.

tribunalele par să ceară un grad înalt de cauzalitate în cazurile de radiație, grad care frecvent e imposibil de satisfăcut, dat fiind gradul limitat de cunoaștere medicală în acest domeniu”.[93] Dar cum am văzut mai sus, exact acest „grad limitat de cunoaștere” este cel care face imperativă apărarea acuzaților de canoane laxe ale probării.

Există, firește, nenumărate legi și reglementări care creează ilegalitate, pe lângă delictele din tribunalele de drept comun.[94] Nu ne-am ocupat cu legi sau reglementări precum Legea Aerului Curat din 1970 pentru un motiv simplu: niciuna dintre ele nu poate fi permisă sub teoria juridică libertariană. În teoria libertariană, e permis să acționezi coercitiv împotriva cuiva numai dacă e un agresor dovedit iar agresiunea trebuie dovedită într-un tribunal (sau o curte de arbitraj) dincolo de o îndoială rezonabilă. Orice decret sau reglementare administrativă face în mod necesar ilegale acțiuni care nu sunt inițieri deschise ale unor infracțiuni sau delicte potrivit teoriei libertariene. Orice regulă administrativă sau legislativă este de aceea ilegitimă și invazivă în sine și o interferență infracțională în drepturile de proprietate ale noninfractorilor.

Să presupunem, de exemplu, că A construiește o clădire, o vinde lui B și aceasta se prăbușește imediat. A trebuie făcut responsabil pentru vătămarea persoanei și proprietății lui B iar răspunderea trebuie demonstrată într-un tribunal, care apoi poate aplica măsurile potrivite de restituție și pedeapsă. Dar dacă legislativul a impus coduri pentru clădiri și inspecții în numele „siguranței”, constructorii nevinovați (adică aceia ale căror clădiri nu s-au prăbușit) se supun unor reguli inutile și adesea costisitoare, fără să fie necesar ca statul să dovedească infracțiunea sau prejudiciul. Ei nu au comis niciun delict sau infracțiune, dar sunt supuși regulilor, adesea doar distant legate de siguranță, formulate *dinainte* de corpuri guvernamentale tiranice. Cu toate acestea, un constructor care satisface o inspecție administrativă și codurile de siguranță și apoi are o clădire care se prăbușește e adesea făcut scăpat de tribunale. La urma urmei, nu a ascultat el toate regulile de siguranță guvernamentală și nu a primit prin aceasta *aprobarea* în avans a autorităților?[95]

Singurul sistem civil sau penal consonant cu principiile juridice libertariene trebuie să aibă judecători (și/sau jurați și arbitri) care

---

93 Jeffrey C. Bodie, „The Irradiated Plaintiff: Tort Recovery Outside Price-Anderson” *Environmental Law* 6 (Spring, 1976): 868.

94 Cu privire la reglementările legate de poluare, vezi Landau, „Who Owns the Air?” pp. 575–600.

95 Pentru o discuție excelentă a remediilor juridice în contrast cu cele legislative sau administrative pentru alterarea produselor, vezi Wordsworth Donisthorpe, *Law in a Free State* (London: Macmillan, 1895), pp. 132–58.

urmăresc acuzațiile de delict aduse de reclamanți împotriva acuzaților.

Ar trebui subliniat că în teoria juridică libertariană numai victima (sau moștenitorii și împuterniciții) poate acuza în mod legitim pretinși intruși împotriva persoanei sau proprietății sale. Procurorilor districtuali sau altor oficiali guvernamentali nu ar trebui să le fie permis să formuleze plângeri în ciuda dorințelor victimei, în numele „infracțiunilor" împotriva unor entități dubioase sau non-existente precum „societatea" sau „statul". Dacă, de exemplu, victima unui atac sau furt este pacifistă și refuză să depună plângere împotriva infractorului, nimeni n-ar trebui să aibă dreptul să o facă împotriva dorințelor sale. Așa cum un creditor are dreptul să ierte voluntar o datorie neplătită, la fel și o victimă, indiferent dacă pe temeiuri pacifiste sau pentru că infractorul și-a cumpărat scăparea de plângere[96] sau pentru orice alt motiv, are dreptul să „ierte" infracțiunea în așa fel încât aceasta e anulată.

Criticii emisiilor de la automobile vor fi perturbați de absența reglementării guvernamentale, la vederea dificultăților de a dovedi îmbolnăvirea victimelor de către fiecare automobil luat individual.[97] Dar, așa cum am subliniat, considerațiile utilitariste trebuie subordonate întotdeauna exigenței dreptății. Cei îngrijorați de emisiile auto sunt într-o situație și mai rea în tribunalele civile deoarece principiul libertarian cere și o întoarcere la acum mult disprețuita regulă de secol nouăsprezece a *relativității efectelor contractului (privity)*.

Regula relativității efectelor contractului, care se aplică în mare parte domeniului răspunderii privind produsele, afirmă că un cumpărător al unui produs defect poate depune plângere doar împotriva persoanei cu care a încheiat un contract.[98] Dacă un consumator cumpără un ceas de la un vânzător cu amănuntul și ceasul nu merge, el poate acuza doar vânzătorul, pentru că acesta i-a transferat proprietatea asupra ceasului la schimb contra banilor săi. Consumatorul, prin contrast cu regulile moderne, nu poate acuza producătorul, cu care nu are nicio legătură contractuală. Vânzătorul este cel care, prin vânzarea produsului, a dat o justificare implicită că produsul nu e

96 Infractorii ar trebui să aibă dreptul să răscumpere o plângere sau aplicarea ei de către victimă, așa cum ar trebui să aibă dreptul să răscumpere o hotărâre de la victimă după ce a fost luată. Pentru o discuție excelentă a ultimei probleme, vezi Thompson, „Injunction Negotiations" pp. 1563–95.

97 Vezi secțiunea numită „Delicte comune și victime comune".

98 Pentru discuții ostile ale regulii relativității efectelor contractului [contractul produce efecte numai între părți – n.tr.] și o discuție a garanției implicite, vezi Richard A. Epstein, *Modern Products Liability Law* (Westport, Conn.: Quorum Books, 1980), pp. 9–34; și Prosser, *Law of Torts*, pp. 641ff.

defect. Și asemănător, vânzătorul poate depune plângere doar împotriva angrosistului local pentru un produs defect, angrosistul local împotriva angrosistului central și acesta, în cele din urmă, împotriva producătorului.[99]

În același fel, regula relativității efectelor contractului poate fi aplicată emisiilor auto. Poluatorul vinovat trebuie să fie proprietarul de mașină individual și nu producătorul automobilului, care nu e responsabil pentru delictul și emisia factuală. (De exemplu, din câte știe producătorul, mașina ar putea fi folosită doar în zone nepopulate sau în principal pentru contemplarea estetică de către proprietarul ei). Ca și în cazurile răspunderii pentru produse, singura justificare reală pentru o plângere împotriva producătorului mai degrabă decât împotriva vânzătorului este pur și simplu legată de comoditate și de adâncimea buzunarelor, cu prezumpția că producătorul e mai bogat decât vânzătorul.

Chiar dacă situația reclamanților împotriva emisiilor auto pare fără speranță sub legea libertariană, există o cale parțială a ieșire. Într-o societate libertariană, drumurile vor fi deținute privat. Aceasta înseamnă că emisiile auto vor emana de pe drumul proprietarului de drumuri spre plămânii sau spațiul aerian al celorlalți cetățeni așa că proprietarul drumului va fi responsabil pentru prejudiciile de poluare aduse locuitorilor din jur. Acuzarea proprietarului de drum e mai fezabilă decât acuzarea fiecărui proprietar de mașină individual pentru cantitatea mică de poluanți pentru care ar fi responsabil. Pentru a se proteja de aceste plângeri sau chiar de posibile interdicții, proprietarul drumului va avea atunci stimulentul economic să emită reglementări anti-poluare pentru toate mașinile care vor dori să meargă pe drumul său. Încă o dată, ca și în alte cazuri de „tragedie a comunelor”, proprietatea privată a resursei poate rezolva multe probleme de „externalitate”.[100]

Convertirea infracțiunilor în delicte

Dar dacă nu există o entitate precum societatea sau statul și nimeni în afara de victimă nu are niciun drept de reclamant sau procuror, aceasta înseamnă că trebuie să dăm deoparte întreaga structură a dreptului penal și rămânem doar cu dreptul civil unde, firește, victima

99 Unele din dificultățile implicate în aceste plângeri pot fi depășite prin alăturarea mai multor reclamanți. Vezi secțiunea numită „Delicte comune și victime comune”.

100 Despre „tragedia comunelor” și proprietatea privată, vezi, de exemplu, Garrett Hardin, „The Tragedy of the Commons” *Science* 162 (1968): 1243–48; Robert J. Smith, „Resolving the Tragedy of the Commons by Creating Private Property Rights in Wildlife” *Cato Journal* 1 (Fall, 1981): 439–68.

poate depune plângere împotriva agresorului.[101] De asemenea, nu există niciun motiv pentru care părți din lege care acum sunt în provincia dreptului penal nu pot fi incluse într-un drept civil extins. De exemplu, restituția către victimă este considerată acum provincia dreptului civil, în timp ce pedeapsa este domeniul dreptului penal.[102]Totuși, daunele-interesele punitive pentru delictele intenționate (spre deosebire de accidente) țin acum în general de dreptul civil. De aceea ne putem gândi că mai multe pedepse severe ca închisoarea, munca forțată pentru a plăti victima sau transportul pot fi incluse la fel de bine în dreptul civil.[103]

Un argument pertinent împotriva oricărei propuneri de a converti dreptul penal la drept civil este că, în raționamentul împotriva permiterii de daune-interese punitive în cazurile civile, acestea sunt „stabilite numai de capriciul juriului și impuse fără precauțiile obișnuite din procedura penală, cum ar fi dovada vinovăției dincolo de o îndoială rezonabilă [și] privilegiul împotriva auto-incriminării”.[104] Dar, așa cum am argumentat mai sus, standarde ca dovada dincolo de o îndoială rezonabilă trebuie aplicate și cazurilor de drept civil.[105]

Profesorul Epstein, în încercarea de a prezerva un domeniu separat pentru dreptul penal împotriva convertirii propuse la dreptul civil, se bazează în mare parte pe legea tentativei. În dreptul penal, o tentativă de infracțiune care pentru un motiv oarecare nu reușește și nu duce la niciun prejudiciu sau încălcare a drepturilor victimei,

---

101 Observă Prosser:

> O infracțiune este o ofensă împotriva publicului larg, pentru care statul, ca reprezentant al publicului, va demara procedurile în forma unei urmăriri penale. Scopul unei asemenea proceduri este să protejeze și revendice interesele publicului ca întreg ... O urmărire penală nu e preocupată deloc de compensarea individului vătămat împotriva căruia a fost comisă infracțiunea. (Prosser, *Law of Torts*, p. 7)

102 Pentru o discuție lămuritoare a rădăcinilor diviziunii moderne în drept penal și drept civil, primul urmărind infracțiuni împotriva „păcii regelui”, vezi Barnett, „Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice” pp. 350–54.

103 Pentru prejudiciile punitive din dreptul civil, vezi Prosser, *Law of Torts*, pp. 9ff. Acesta nu este locul pentru a formula o teorie a pedepsei. Teoriile pedepsei la filosofii libertarieni și teoreticienii juridici se întind de la evitarea oricărei sancțiuni coercitive la simpla restituție, restituție plus pedeapsă proporțională și, în fine, permiterea pedepsei nelimitate pentru orice infracțiune.Pentru viziunea mea proprie în privința pedepsei proporționale, vezi Murray N. Rothbard, „Punishment and Proportionality” în Barnett şi Hagel, ed., *Assessing the Criminal*, pp. 259–70. Despre conceptul de transport al infractorilor, vezi Leonard P. Liggio, „The Transportation of Criminals: A Brief Politico-Economic History” în ibid, pp. 273–94.

104 Ibid., p. 11. Vezi și Epstein, *Cases on Torts*, p. 906.

105 Și, de asemenea, privilegiul împotriva auto-incriminării. De fapt, interzicerea mărturiei obligatorii nu trebuie doar extinsă la toate cazurile civile, ci trebuie lărgită în așa fel încât să includă orice mărturie obligatorie, atât împotriva altora, cât și împotriva propriei persoane.

rămâne o infracțiune și poate fi condamnată. Și totuși, acuză Epstein, o astfel de încercare de infracțiune n-ar fi o invazie a drepturilor și de aceea nu poate fi un delict și nu poate fi condamnată sub dreptul civil.[106]

Respingerea lui Randy Barnett este, însă, concluzivă. Barnett subliniază, mai întâi, că majoritatea tentativelor de invazie nereușite presupun invazii mai mici ale persoanei și proprietății „reușite" și, ca atare, sunt condamnabile sub dreptul civil. „De exemplu, tentativa de omor se lasă de obicei cu lovire și vătămare agravate, tentativa de jaf armat este de obicei lovire, încercarea de furt sau spargere a unei mașini este de obicei o încălcare a proprietății".[107] În al doilea rând, chiar dacă tentativa de infracțiune nu a creat o invazie a proprietății *per se*, în măsura în care tentativa de vătămare sau ucidere devin *cunoscute* victimei, frica provocată victimei ar putea fi condamnată ca lovire. Așa că infractorul (sau delicventul) care este autor al tentativei nu scapă nepedepsit.

De aceea, singura tentativă de invazie care nu poate fi pedepsită sub dreptul civil ar fi aceea în despre care nimeni nu știe nimic. Dar dacă *nimeni nu știe nimic despre ea*, nu poate fi pedepsită sub nicio lege.[108]

În plus, așa cum conchide Barnett, sub legea libertariană victimele potențiale n-ar fi împiedicate să se apere de tentativele de infracțiune. Așa cum spune Barnett, este legitim pentru o victimă sau pentru

---

106 Richard A. Epstein, „Crime and Tort: Old Wine in Old Bottles" în Barnett and Hagel, ed., *Assessing the Criminal*, pp. 231–57.

107 Barnett „Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice" p. 376. Barnett adaugă:

> În felul acesta, legea tentativei este de fapt o formă de numărătoare dublă a cărei funcție principală e să dea poliției și procurorului dreptul să supra-acuze o infracțiune cu scopul unei negocieri ulterioare a pledoariei [și pedepsei – n.tr.]. În plus, unele categorii ale tentativei, cum ar fi legile conspirării sau ale posesiei – de exemplu, posesia de instrumente de jaf – sunt scurtături pentru procurorii care nu vor sau nu pot să dovedească infracțiunea reală și sunt o sursă constantă de acuzări represive, selective. (Ibid.)

Am putea adăuga că ultima ar fi ilegitimă în dreptul libertarian.

108 Potrivit lui Barnett:

> Singurul tip de tentativă nereușită care ar evada răspunderii [sub dreptul civil] ar fi cazul cuiva care încearcă fără succes să comită o infracțiune fără a încălca altfel drepturile cuiva și fără ca nimeni să știe despre ea ... În orice caz, niciun sistem, indiferent de principiul sub care e guvernat, nu poate acuza acte de care nu știe nimeni. (Ibid., pp. 376–77)

Trebuie menționată și contribuția semnificativă a profesorului Ronald Hamowy de la Universitatea din Alberta la această soluționare a problemei.

agenții săi să respingă un act deschis inițiat împotriva sa, iar o tentativă de infracțiune tocmai așa ceva este.[109]

Delicte colective și victime colective

În discuțiile privind invaziile persoanei și proprietății ne-am limitat la agresori singulari și victime singulare, de tipul „A îl lovește pe B” sau „prejudiciază pe B”. Însă cazurile actuale de poluare adesea au agresori și victime multiple. Pe ce principii trebuie urmăriți și condamnați?

Când mai mult de un agresor a contribuit la un delict, e în general mai comod pentru reclamanți să pună împreună acuzațiile într-o plângere („conexare”). Totuși, comodității nu trebuie să-i fie permis să ignore principiul sau drepturile și în opinia noastră regula originală a conexării din dreptul comun era corectă: acuzații pot fi puși obligatoriu împreună *numai* când toate părțile au acționat concertat într-o activitate.

În cazul delictelor cu adevărat comune, are sens, de asemenea, ca fiecare agresor din uniune să fie egal responsabil pentru întreaga cantitate a prejudiciului. Dacă ar fi altfel, fiecare infractor și-ar putea dilua în avans responsabilitatea prin simpla adăugare a mai multor infractori la activitatea lor comună. Ca atare, întrucât acțiunea agresorilor este concertată, delictul este cu adevărat comun, astfel că:

> „toți venind să facă un act ilegal și unitar, actul unuia este actul aceleiași părți fiind prezente”. Fiecare este prin urmare responsabil pentru întregul prejudiciu, deși unul este posibil să fi vătămat reclamantul, în timp ce altul l-a închis și al treilea i-a furat nasturii de argint. Toți ar putea fi puși împreună ca acuzați în aceeași acțiune potrivit legii ... .[110]

Din nefericire, din scopuri ce țin de comoditate, regula conexării a fost slăbită și în multe cazuri tribunalele au permis reclamanților să-i conexeze pe acuzați chiar și în cazuri unde delictele erau comise separat și nu concertat.[111] Confuzia privind regulile conexării atât pentru delictele comune, cât și pentru cele separate a făcut multe tribunale să aplice regula răspunderii complete sau „întregi” pentru fiecare agresor. În cazul delictelor separate asupra victimei, aceasta nu are sens. Aici regula trebuie să fie întotdeauna cea tradițională din cazurile de tulburare: tribunalele trebuie să proporționeze prejudiciul

---

109 Putem fi de acord aici cu Barnett, fără a adopta versiunea sa de drept civil cu pură-restituție-fără-pedepsire. În opinia noastră, elemente ale dreptului penal precum pedeapsa pot fi ușor incorporate într-un drept civil reconstruit.

110 Prosser, *Law of Torts*, p. 291. Vezi și, ibid., pp. 293ff.

111 În această situație conexarea este obligatorie asupra acuzaților, deși reclamanții ar pute alege între acțiuni conexate sau separate.

în acord cu acțiunile cauzale separate la care a contribuit fiecare acuzat.

Cazurile de poluare a aerului sunt în general cele în care cad delicte separate asupra victimei; de aceea, n-ar trebui să existe conexare obligatorie iar prejudiciile trebuie proporționate în acord cu factorii cauzali separați care au fost implicați. Așa cum scrie Prosser:

> În particular, cazurile de tulburare au tins către proporționarea prejudiciilor, în mare parte deoarece interferența asupra folosirii de către acuzat a pământului său a tins să fie disociată în termenii cantității, procentului sau gradului. Astfel, acuzații care poluează independent același râu sau care inundă pământul reclamantului din surse separate, sunt responsabili numai disociat pentru prejudiciile cauzate individual și același lucru e adevărat pentru tulburarea datorată zgomotului sau poluării aerului.[112]

Dar pentru că daunele sunt multiple și separate, e sarcina reclamanților să ofere o bază rațională și demonstrabilă pentru proporționarea prejudiciului între diverșii acuzați și factori cauzatori. Dacă se aderă adecvat și strict la această regulă, și proba este dincolo de o îndoială rezonabilă, reclamanții din cazurile de poluare a aerului vor obține în general foarte puțin. Pentru a contra aceasta, avocații de mediu au propus o slăbire a însăși bazei sistemului nostru juridic prin mutarea sarcinii probei pentru alocarea detaliată a pagubelor de la reclamanți la diverșii acuzați.[113]

Astfel, conexarea obligatorie a acuzaților poate urma regula originală a dreptului comun numai când acuzații sunt bănuiți că au comis în mod real un delict comun, în acțiune concertată. Altfel, acuzații ar putea să insiste pe acțiuni separate în tribunal.

Dar ce puteam spune despre alăturarea mai multor *reclamanți* împotriva unuia sau mai multor acuzați? Când poate avea loc aceasta? Această problemă este foarte relevantă pentru cazurile de poluare a aerului, unde există de obicei mai mulți reclamanți împotriva unuia sau mai multor acuzați.

În dreptul comun timpuriu, regulile erau riguroase în limitarea conexării permise a reclamanților la acele cazuri unde toate cauzele din acțiune au afectat toate părțile conexate. Aceasta a fost acum liberalizată pentru a permite o acțiune comună a reclamanților acolo unde acțiunea comună a rezultat din aceeași tranzacție sau serie de tranzacții și unde există cel puțin o problemă de fapt sau de drept

---

112 Prosser, *Law of Torts*, pp. 317–18.
113 Vezi Katz „Function of Tort Liability” pp. 619–20.

comună tuturor reclamanților. Aceasta pare o liberalizare legitimă a situației când reclamanților le e permisă o conexare voluntară.[114]

În timp ce conexarea permisivă a reclamanților în acest sens este perfect legitimă, nu acesta este cazul proceselor de tip „acțiune colectivă de clasă", unde rezultatul procesului se aplică chiar și acelor membri dintr-o pretinsă clasă de victime care nu au participat la plângere. Pare o culme a aroganței ca reclamanții să se alăture într-un proces comun și să depună o plângere în „acțiune colectivă de clasă" cu rezultat obligatoriu chiar și pentru acele alte pretinse victime care n-au auzit niciodată sau n-au consimțit plângerii. Singurii reclamanți care ar trebui să fie afectați de o hotărâre sunt cei care s-au alăturat voluntar. Astfel, n-ar fi permis pentru 50 de locuitori să depună o plângere legată de poluare în numele clasei „tuturor locuitorilor din Los Angeles", fără cunoașterea sau consimțământul lor explicit. Pe principiul că numai victima și moștenitorii sau agenții săi pot depune o plângere sau folosi forța în numele ei, plângerile de tip acțiune colectivă care cad asupra oricui altcuiva decât reclamanții voluntari sunt de nepermis.[115]

Din nefericire, în timp ce Regula Federală din 1938 a Procedurii Civile nr. 23 a oferit posibilitatea cel puțin unui tip de acțiune de clasă neobligatorie, „falsa acțiune de clasă", regulile revizuite din 1966 fac toate dispozițiile rezultate din acțiunile de clasă obligatorii asupra clasei ca întreg sau mai degrabă asupra tuturor acelor membri ai clasei care nu cer specific excluziunea. Într-un pas fără precedent, acțiunea voluntară e acum presupusă dacă *nu* are loc nici o acțiune. Rezidenților din Los Angeles, care s-ar putea ca nici măcar să nu știe de plângerea în chestiune, li se cere să facă pași pentru a se exclude ei înșiși din plângere, altfel hotărârea îi vizează și pe ei.[116] În plus, majoritatea statelor au urmat noile reguli federale privind acțiunea colectivă de clasă.

Ca și în cazul conexării voluntare, acțiunea colectivă de clasă post 1966 trebuie să vizeze probleme de fapt sau de drept care sunt comune pentru întreaga clasă. Din fericire, tribunalele au impus

---

114 Totuși, o direcție mai bună ar fi exigența ca interesele comune să predomine asupra celor individuale separate, cum se cere acum pentru procesele de tip acțiune colectivă de clasă. Vezi discuția *City of San Jose v. Superior Court* mai jos.

115 Tipul de proces în acțiune de clasă cunoscut odinioară drept „falsa acțiune de clasă" în care judecata leagă doar acei membri prezenți în fața tribunalului, a fost de fapt nu o un proces în acțiune de clasă, ci un mijloc de conexare permisivă. Fed. R. Civ. P. 23 (1938).

116 Regulile din 1938 prevăd că în unele cazuri o acțiune de clasă poate fi de tipul fals menționat în nota precedentă. Regulile revizuite din 1966 fac toate procesele în acțiune de clasă exhaustive prin eliminarea categoriei acțiunii false. Vezi Fed. R. Civ. P. 23 (1966).

limite suplimentare asupra utilizării acțiunii colective de clasă. În majoritatea cazurilor, toți membrii identificabili ai clasei trebuie să primească o notificare individuală a plângerii, dându-le cel puțin posibilitatea să iasă în acțiune; de asemenea, clasa trebuie să fie identificabilă precis, verificabilă și administrabilă. Sub această regulă, curțile federale nu vor permite în general „tuturor rezidenților orașului Los Angeles" să fie parte din acțiunea colectivă.[117] Astfel, o pretinsă plângere în numele tuturor rezidenților jurisdicției Los Angeles (peste șapte milioane de persoane) care să interzică unui număr de 293 de companii să polueze atmosfera a fost expediată de curte ca „ne-administrabilă datorită numărului părților (reclamanți și acuzați), diversității intereselor și multiplicității problemelor implicate".[118]

O altă limitare rezonabilă impusă majorității acțiunilor colective de clasă este că interesele comune de clasă din plângere trebuie *să predomine* asupra intereselor individuale separate. Astfel, nu va fi admisă o plângere de clasă unde problemele individuale separate sunt „numeroase și substanțiale" și, prin urmare, problemele comune nu predomină. În cazul *City of San Jose* v.

Superior Court (1974), tribunalul a respins o acțiune de clasă a proprietarilor de pământ din apropierea unui aeroport legată de daunele aduse proprietăților lor de zgomotul de pe aeroport, poluare, trafic etc. Deși aeroportul a afectat fiecare proprietar, tribunalul a decis corect că „dreptul fiecărui proprietar de a se recupera dauna cauzată terenului său implica prea multe aspecte individuale (de exemplu, proximitatea de traiectoriile de zbor, tipul de proprietate, valoarea, folosirea etc.)" pentru a permite o acțiune colectivă.[119]

Astfel, acțiunea colectivă nu trebuie permisă decât unde fiecare reclamant se alătură activ și voluntar și unde interesele comune predomină asupra celor individuale.[120]

---

117 Fed. R Civ. P. 23(a) (1966). Privind întrebarea dacă notificarea individuală către membrii clasei e sau nu obligatorie, vezi Fed. R Civ. P23(d)(2), Fed. R. Civ. P. 23(e), *Mattern v. Weinberger*, 519F.2d 150 (3d Cir.1975), *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974), *Cooper v. American Savings & Loan Association*, 55 Cal. App. 3d 274 (1976).

118 Cazul a fost *Diamond v. General Motors Corp*. 20 Cal. App. 2D 374 (1971). Pe de altă parte, unele decizii ale tribunalelor la nivel de stat, cum ar fi în California, au fost puternic favorabile acțiunilor colective de clasă. Tribunalul din California a permis chiar o acțiune de clasă a unei persoane împotriva unei companii de taxi, acuzate de practicarea presupusă a unor prețuri majorate, în numele lui și al mai multor mii de clienți neidentificabili ai companiei. *Dear v. Yellow Cab Co.*, 67 Cal. 2d 695 (1967).

119 C*ity of San Jose v. Superior Court*, 12 Cal. 3d 447 (1974).

120 Epstein oferă o observație interesantă asupra modurilor în care reclamanții, într-un mod pur libertarian, pot au putut depăși faptul că nu sunt permise nici conexări, nici acțiuni colective datorită gradului și diversității intereselor individuale implicate. Medicamentul MER/29 a fost scos de pe piață în 1962,

Așadar, cum au fost aplicate regulile recente privind acțiunea colectivă problemei poluării aerului? Krier spune cu exasperare că, în timp ce Regula Federală 23 din 1966 e mai liberală decât precedentele în permiterea acțiunii de clasă, Curtea Supremă a Statelor Unite practic i-a anulat impactul decizând că membrii clasei pot agrega pretenții individuale la curțile federale *numai* când au un interes comun, nedivizat.[121] Potrivit lui Krier, această limitare rezonabilă elimină aproape toate acțiunile colective în cazurile de poluare a aerului. El adaugă că, în timp ce această restricție nu se aplică plângerilor la nivel de stat, acestea sunt adesea și mai puțin viabile decât acțiunile federale de clasă dinainte de noile reguli. Krier se plânge, într-o notă de un umor involuntar, că unele acțiuni colective nu atrag *niciun* reclamant.[122]

Însă problema majoră a acțiunilor colective pentru reclamanți, concede Krier, ține de regulile de administrare și verificare pentru procesele cu un număr mare de reclamanți în clasă, citând în particular cazul *Diamond* v. *General Motors*. Însă, în timp ce Krier atribuie problema numai lipsei de competență și de facilități pentru judecători în găsirea unui echilibru între diverse interese, el nu realizează problema mai mare a incapacității de identificare și a lipsei unei probe clare de vinovăție și cauzalitate în relația dintre reclamant și acuzat.

Concluzie

Am încercat să prezentăm o serie de principii libertariene prin care să evaluăm și reconstruim legea. Am conchis că oricine poate face ce vrea, cu excepția comiterii unui act vădit de agresiune împotriva persoanei și proprietății altuia. Numai acest act trebuie să fie ilegal și trebuie urmărit doar în tribunale de drept civil unde victima sau moștenitorii și agenții săi vin cu un caz împotriva pretinsului agresor. De aceea, nu trebuie permisă nicio reglementare parlamentară sau administrativă care să ducă la acțiuni ilegale. Și încât orice acuzare în

după care au fost inițiate în jur de 1.500 de plângeri pentru prejudiciu împotriva companiei de medicamente. Chiar dacă acuzatul a respins cu succes o conexare voluntară, majoritatea avocaților și-au coordonat activitățile printr-un comitet central de compensare a plăților pentru serviciile oferite de toți avocații din grup. Epstein relatează că avocații care au participat în grup au avut de regulă mai mult succes în procesele lor respective decât cei care nu au făcut-o. Epstein, *Cases on Torts*, p. 274.

121 În *Snyder v. Harris*, 394 U.S. 332 (1970). Krier, „Air Pollution and Legal Institutions".

122 Pe scurt, cum ar fi ca ei să inițieze o acțiune colectivă pentru poluare și să nu vină nimeni? Krier citează cazul *Riter v. Keokuk Electro-Metals Co*. 248 Iowa 710, 82 N.W. 2d 151 (1957). Krier, „Air Pollution and Legal Institutions" p.217. Vezi și John Esposito, „Air and Water Pollution: What to Do While Waiting for Washington" *Harvard Civil Rights/Civil Liberties Law Review* (January 1970): 36.

numele „societății” și „statului” nu e permisă, dreptul penal trebuie redus la un drept civil reconstruit, care încorporează pedepsirea și o parte din legile ce vizează tentativa.

Delincventul sau infractorul este responsabil strict pentru agresiunea sa, nefiind permisă nicio derogare pe baza teoriilor „neglijenței” sau „responsabilității”. Totuși, responsabilitatea trebuie demonstrată pe baza cauzalității stricte a acţiunii acuzatului asupra reclamantului dincolo de o îndoială rezonabilă.

Agresorul și numai agresorul este responsabil și nu angajatorul unui agresor, cu condiţia ca delictul să nu fi fost comis la ordinul angajatorului. Sistemul curent al răspunderii indirecte a angajatorului este un atavism al relațiilor stăpân / șerb precapitaliste și în esență e o metodă nedreaptă de a găsi buzunare adânci de jefuit.

Aceste principii trebuie să se aplice la toate delictele, inclusiv la poluarea aerului. Poluarea aerului e o tulburare privată generată de pe proprietatea de pământ a cuiva asupra altuia și este o invazie a spațiului aerian aferent pământului și, adesea, a persoanei proprietarului. Fundamental pentru teoria libertariană a drepturilor de proprietate este conceptul de apropriere, în care primul ocupant și utilizator al unei resurse o transformă prin aceasta în proprietatea sa. De aceea, când „poluatorul” a fost primul la poluare și a precedat proprietarul de pământ în emiterea de poluare a aerului sau de zgomot excesiv pe un pământ gol, prin aceasta și-a apropriat o servitute de poluare sau de zgomot excesiv. O asemenea servitute devine dreptul său legitim de proprietate și nu al proprietarului ulterior al pământului adiacent. Poluarea aerului, atunci, nu e un delict, ci numai un drept indelebil al poluatorului, dacă el acționează pe o servitute apropriată. Dar acolo unde nu există servitute și poluarea aerului e vădită simțurilor, poluarea e un delict *per se* deoarece interferează cu posesia și folosința aerului altuia. Trecerea granițelor – să spunem, prin unde radio sau radiații joase – nu poate fi considerată agresiune pentru că nu interferează cu folosința sau netulburata posesie, de către proprietar, a persoanei și proprietății sale. Numai dacă o astfel de trecere a granițelor provoacă o daună demonstrabilă – potrivit principiilor cauzalității stricte și dincolo de o îndoială rezonabilă – poate fi considerată un delict și subiect al răspunderii și interdicției.

Un delict colectiv, în care acuzații sunt constrânși să se apere împreună, trebuie considerat numai dacă au acționat concertat. Când acțiunile lor sunt separate și plângerile trebuie să fie separate iar răspunderea proporționată separat. Reclamanții pot să-și conexeze plângerile contra unui acuzat numai când cazurile lor au un element

comun care predomină asupra intereselor separate și individuale. Acțiunile colective de clasă nu sunt permise dincolo de alăturarea voluntară a reclamanților pentru că prezumă acțiunea în numele lor și vizează membrii clasei care n-au agreat să se alăture plângerii.

În final, trebuie să renunțăm la practica obișnuită a autorilor legilor de mediu de a acționa ca avocați speciali ai reclamanților poluării aerului, de a se lamenta de fiecare dată când reclamanților nu le este permis să-i calce în picioare pe acuzați. Factorul suprem în legea poluării aerului, ca și în alte părți ale legii, trebuie să fie principiile și drepturile de proprietate libertariene și nu comoditatea sau interese speciale ale unui grup de contestatari.

TERRA LIBERTAS